

DIE ANSTALTSGEWALT UND IHRE GRENZEN

INAUGURAL=DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Georg Nafpliotis
Rechtsanwalt aus Athen

Marburg
1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554404_0044

DIE ANSTALTSGEWALT UND IHRE GRENZEN

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von
Georg Nafpliotis
Rechtsanwalt aus Athen

Marburg
1967

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: 7. Febr. 1967

Berichterstatter: Professor Dr. RUPP
Mitberichterstatter: Professor Dr. Dr. PIRSON

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Febr. 1967



M E I N E N E L T E R N

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG

I. TEIL: GRUNDLAGEN

1. ABSCHNITT: BEGRIFFSERKLÄRUNG

I. Kapitel: Die Anstaltsgewalt nach der überkommenen Doktrin

- § 1 Geschichtliches über die Anstaltsgewalt
- § 2 Die Funktion der Anstaltsgewalt nach der traditionellen Lehre

II. Kapitel: Entwicklung des Begriffs der Anstalt

- § 3 Unbürokratischer Anstaltsbegriff
- § 4 Bürokratischer Anstaltsbegriff
- § 5 Funktionaler Anstaltsbegriff
- § 6 Kritische Bemerkungen zu dem funktionalen Anstaltsbegriff
- § 7 Die formellen Kriterien zur Bestimmung des Anstaltsbegriffs

III. Kapitel: Anstaltsgewalt und nutzbare Anstalten mit öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis

- § 8 Nutzbare Anstalten
- § 9 Öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis

IV. Kapitel: Weitere Abgrenzung der Anstaltsgewalt

- § 10 Abgrenzung der Anstaltsgewalt gegenüber dem Begriff der Anstaltspolizei
- § 11 Abgrenzung der Anstaltsgewalt gegenüber dem Begriff des Hausrechts

2. ABSCHNITT: BESONDERES GEWALTVERHÄLTNIS UND ANSTALTSBENUTZUNGSVERHÄLTNIS

I. Kapitel: Das besondere Gewaltverhältnis nach der überkommenen Doktrin

- § 12 Besonderes Gewaltverhältnis und allgemeines Gewaltverhältnis

- § 13 Umfang und eigentliche Rechtfertigung des besonderen Gewaltverhältnisses
- § 14 Funktion des besonderen Gewaltverhältnisses nach der traditionellen Lehre
- § 15 Besonderes Gewaltverhältnis und Verfassungsstruktur der konstitutionellen Monarchie
- § 16 Das besondere Gewaltverhältnis als Residuum des obrigkeitlichen Staates

II. Kapitel: Kritische Bemerkungen zum Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses

- § 17 Besonderes Gewaltverhältnis und Anstaltsbegriff
- § 18 Zu weite Formulierung des "besonderen Gewaltverhältnisses"
- § 19 Die "verschärfte Abhängigkeit"
- § 20 Der "bestimmte Zweck öffentlicher Verwaltung"
- § 21 Der "besondere Zusammenhang"
- § 22 Die sog. Selbstgenügsamkeit des besonderen Gewaltverhältnisses
- § 23 Auflösungserscheinungen des Begriffs des besonderen Gewaltverhältnisses
- § 24 Eingrenzungsversuche der Lehre beim besonderen Gewaltverhältnis
- § 25 Stellungnahme zu den Eingrenzungsversuchen

III. Kapitel:

- § 26 Die Unterscheidung zwischen Innen- und Außensphäre der Verwaltungstätigkeit

3. ABSCHNITT: DAS BENUTZUNGSVERHÄLTNIS ALS BESTIMMENDES MOMENT DER ANSTALTSGEWALT

I. Kapitel: Das Benutzungsverhältnis

- § 27 Einführung
- § 28 Zur Klärung des Begriffs der "Benutzung"

II. Kapitel: Das Verhältnis der "Benutzung" zu der Anstaltsgewalt

- § 29 Grundsatz
- § 30 Welcher Personenkreis unterliegt der Anstaltsgewalt

- § 31 Zeitliche Schranken der Anstaltsgewalt
- § 32 Sachliche Bestimmung der Anstaltsgewalt nach dem Anstaltszweck

4. ABSCHNITT: DIE DREI ARTEN DER ANSTALTSGEWALT

I. Kapitel: Die drei Gestaltungen des Anstaltsbenutzungsverhältnisses

- § 33 Einführung
- § 34 Ordnende Tätigkeit der Anstalt (ordnende Anstaltsgewalt)
- § 35 Eingreifende und pflegende Tätigkeit der Anstalten (eingreifende und pflegende Anstaltsgewalt)
 - a) Unterschied hinsichtlich des angetasteten Rechtsgutes
 - b) Unterschied nach dem jeweiligen Grad der persönlichen Gewaltausübung
 - c) Unterschied nach der Gewichtigkeit der persönlichen und sachlichen Mittel
 - d) Unterschied nach der Form der ausübenden Gewalt
 - e) Unterschied nach der Art der Finanzgebarung

II. Kapitel:

- § 36 Das Moment des Eingriffs und der Pflege

II. TEIL: DIE GESETZMÄSSIGKEIT DER ANSTALTSGEWALT

1. ABSCHNITT: ORDNENDE ANSTALTSGEWALT

I. Kapitel:

- § 37 Einführung

II. Kapitel: Der Begriff der "vollziehenden Gewalt" und die ordnende Tätigkeit der Anstalt

- § 38 Die Direktionsgewalt als Element der vollziehenden Gewalt
- § 39 Voraussetzungen für die Außenwirkung der Normen der Direktionsgewalt

VIII

- § 40 Erscheinungen der hierarchisch
bestimmbaren ordnenden Gewalt
- § 41 Direktionsgewalt und Anstaltsorganisation
- § 42 Beschränkungen der Direktionsgewalt.
Entsprechende Auswirkungen auf die
rechtliche Begründung der ordnenden
Analtsttätigkeit
 - a) Direktionsgewalt und institutionelle
Garantien der Verfassung
 - b) Hierarchische Abhängigkeit und
Menschenwürde
 - c) Hierarchische Abhängigkeit und
Kompetenzvorschriften

III. Kapitel: Weitere Rechtsgrundlagen der ordnenden Analtsttätigkeit

- § 43 Der "Zweck" als normativer Faktor
- § 44 Rechtfertigung der ordnenden Analtsttätigkeit
durch besondere Verfassungsvorschriften
- § 45 Das Kontinuitätsprinzip als Rechtsgrundlage
zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten

IV. Kapitel: Der Interessenschutz des Benutzers im Rahmen der ordnenden Analtsttätigkeit

- § 46 Irrelevantes Interesse
- § 47 Stufen des relevanten Interesses

V. Kapitel:

- § 48 Die "rechtsprechenden" Instanzen in den
Analtsorganisationen

2. ABSCHNITT: EINGREIFENDE ANSTALTSGEWALT

I. Kapitel:

- § 49 Einführung

II. Kapitel: Grundrechte und eingreifende Analtstsgewalt

- § 50 Die Grundrechte als Schranken des staatlichen
Eingriffs
- § 51 Individualsphäre und Gesetzesvorbehalt

III. Kapitel: Die Gewalt des besonderen Gewaltverhältnisses beim Eingriff nach der traditionellen Lehre

§ 52 Grundsatz

§ 53 Der rechtsfreie Raum des besonderen Gewaltverhältnisses

IV. Kapitel: Die heutige Lehre vom Eingriff in den rechtsfreien Raum des besonderen Gewaltverhältnisses

§ 54 Darstellung

§ 55 Kritische Gesichtspunkte

a) Methodische Gesichtspunkte

b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte

c) Strukturelle Wandlung des besonderen Gewaltverhältnisses

§ 56 Der spezifizierte Charakter der Ermächtigung zum Eingriff

V. Kapitel: Der "freiwillige" Verzicht und das Gewohnheitsrecht als Grundlagen der eingreifenden Anstaltsgewalt

§ 57 Der "freiwillige" Verzicht als Ermächtigungsgrundlage

§ 58 Das Gewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage

VI. Kapitel:

§ 59 Die Anwendung des Gesetzesvorbehaltsprinzips bei den Anstalten der "ersten Gruppe"

a) Schulen

b) Geschlossene Krankenanstalten

c) Gefängnisse

3. ABSCHNITT: PFLEGENDE ANSTALTSGEWALT

I. Kapitel: Herkunft und Beschreibung der pflegenden Analtstätigkeit

§ 60 Die politische Stellung der pflegenden Anstaltsverwaltung

- § 61 Zwangsausübung und pflegende Anstaltstätigkeit
- § 62 Die Übernahme existenzwichtiger Aufgaben von den Anstalten.
Konsequenzen für das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
- § 63 Der traditionelle Rechtssatzbegriff und die pflegende Anstaltstätigkeit im Anstaltsbenutzungsverhältnis

- II. Kapitel:
 - § 64 Die Besonderheiten bei der Rechtsproblematik der pflegenden Anstaltsverwaltung

- III. Kapitel:
 - § 65 Pflegende Anstaltsverwaltung und Vorbehalt des Gesetzes. Einführung.

- IV. Kapitel: Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der pflegenden Anstaltsgewalt
 - § 66 Das Haushaltsgesetz als Ermächtigungsgrundlage
 - § 67 Das Wohnrechtsrecht als Ermächtigungsgrundlage
 - § 68 Der Kompetenzbegriff als Ermächtigungsgrundlage

- V. Kapitel: Rechtsgrundlagen der Leistungsansprüche Dritter gegen die Anstaltsverwaltung
 - § 69 Rechtliche Wirkung der Verwaltungsverordnung gegenüber dem Benutzer
 - § 70 Rechtliche Wirkungen der sog. autonomen Satzungen

- VI. Kapitel: Weitere Fragen der pflegenden Anstaltstätigkeit
 - § 71 Sozialstaatserklärung und Benutzungsverhältnis
 - § 72 Die Frage nach der pflegenden Funktion der Grundrechte.
Gewährung eines Existenzminimums.

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- ANSCHÜTZ, Gerhard Artikel "Gesetz" in WBStVR Bd. II,
Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1913.
Die Verfassung des deutschen Reiches, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933.
Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2. Aufl. 1904.
- ANTONIOLLI, Walter Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954.
- v. ARETIN, Johann Christof Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie.
v. ROTTECK, Karl Bd. II, Abt. 1, Altenburg 1827. (zit. Aretin)
- BACHOF, Otto Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 1958 S. 260 ff.
Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Wilhelm LAFORET. München 1952, S. 285-316. (zit.: Laforet)
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 37-84. (zit.: Referat)
Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellineck, München 1955, S. 287-308.
Rechtsnatur und zulässiger Inhalt und gerichtliche Anfechtung von Friedhofsordnungen, ArchöR 1952-53, S. 82-96.
- BECKER, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 96-135. (zit.: VVDStL 14).
- BETTERMANN, Karl August Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter, Die Grundrechte, Bd. III, Halbbd. 2, S. 523 ff.

- BETTERMANN, Karl August Wahlklage und Schlußklage im Anfechtungsprozeß. DÖV 1958, S. 165-169.
- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die Grundrechte, Bd. III, Halbbd. 2, S. 779 ff.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Gesetz und gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus. Berlin 1958.
- Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Berlin 1964. (zit.: Organisationsgewalt)
- BONNER Kommentar Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. von B. Dennewitz, fortgeführt von K. G. Wernicke. Hamburg 1954 (zit.: BK)
- BROHM, Winfried Verwaltungsvorschriften und b. G/s. DÖV 1964, S. 238-251.
- COING, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin 1950.
- DÜRIG, Günter Der Grundsatz von der Menschenwürde. ArchöR 1956, Bd. 81, S. 117-157.
- MAUNZ-DÜRIG s. Maunz
- ELLWEIN, Thomas Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre. Stuttgart 1966. (zit.: Ellwein)
- ENGISCH, Karl Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberg 1935.
- ERMACORA, Felix Die Organisationsgewalt. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 191-236. (zit.: VVDStL 16)
- FECHNER, Erich Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. Recht und Staat, Heft 174. Tübingen 1953.
- FLEINER, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1914. (zit.: Institutionen)
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Allgemeiner Teil. München und Berlin 1961. (zit.: Forsthoff)
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. Stuttgart 1959. (zit.: Rechtsfragen)

- FORSTHOFF, Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 8-33. (zit.: VVDStL 12)
- Zur neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. DÖV 1956, S. 513-517.
- Anmerkung zum Urte. vom 24. 10. 1956 des BVerfG. DVBl 1957, S. 724 ff.
- FREUDENBERGER, Georg Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht. Annalen des Deutschen Reiches 1931, S. 163-208. (zit.: Annalen 1931)
- FRIESENHAHN, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechtes. Recht- Staat- Wirtschaft Bd. II, S. 239 ff.
- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz. DVBl 1949, S. 478-485.
- GEIGER, Willi Grundrechte und Rechtsprechung. München 1959.
- GIESE, Friedrich Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Auflage 1955. (zit.: Giese)
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Karlsruhe 1960. (zit.: Hamann)
- Autonome Satzungen und Verfassungsrecht. Heidelberg 1958.
- HECKEL, Johannes Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechtes und seine Ergänzungen. HdbDStR Bd. II, S. 358 ff. (zit.: HdbDStR)
- Die Budgetverabschiedung, insbesondere die Rechte und Pflichten des Reichstages. HdbDStR Bd. II, S. 392 ff. (zit.: HdbDStR)
- HECKEL, Hans Deutsches Privatschulrecht. Berlin 1955.
- HEYMANN, Wilhelm Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen Anstalt. Berlin 1950.
- HÖHN, Ernst Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht. Bern 1960. (zit.: Höhn)

- HUBER, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht. Tübingen, Bd. I 1953, Bd. II 1954. (zit.: Huber)
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. DÖV 1956, S. 39- 94.
- Rechtsgutachten über den Ölmühlen- Preisausgleich vom 16. 6. 1956.
- IPSEN, Hans Peter Öffentliche Subventionierung Privater. Berlin 1956. Diskussionsbeiträge in VVDStL Heft 15, S. 200 ff, Heft 16, S. 257 ff.
- JAKOBI, Erwin Die Rechtsverordnungen. HDStR Bd. II, S. 236 ff.
- Die Verwaltungsverordnungen. HDStR Bd. II, S. 255 ff.
- JECHT, Hans Die öffentliche Anstalt. Berlin 1963. (zit.: Jecht)
- JELLINECK, Georg Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. Berlin 1905.
- Gesetz und Verordnung. Tübingen 1919.
- System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen. (zit.: System)
- JELLINECK, Walter Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Offenburg 1948.
- Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
- JERUSALEM, Franz Das methodische Prinzip 131 urt. BVerfG. NJZ 1954 S. 980 ff.
- JESCH, Dietrich Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961. (zit.: Jesch)
- JEZE, Gaston Les principes généraux du droit administratif III 3 ième éd. Paris 1926.
- KELLNER, Hugo Zum gerichtlichen Rechtsschutz in b. G/s. DOV 1963, S. 419- 429.
- KELSEN, Hans Reine Rechtslehre. Wien 1934.
- KLEIN, Friedrich Die Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 67- 125. (zit.: VVDStL 8)

- v. MANGOLDT-KLEIN s. Mangoldt
- KLOTZ, Erhard Beschränkter Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1964, S. 181-189.
- KÖHL, Guido Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Jur. Diss. Bern 1955. (zit.: Köhl)
- v. KÖHLER, Ludwig Grundlehre des deutschen Verwaltungsrechts, Berlin 1935.
- KORMANN, Karl Artikel "Öffentliche Anstalt" WBStVR Bd. III, S. 1-4. Tübingen 1914.
- KORMANN-LIST Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Tübingen 1930. (zit.: Kormann-List)
- KÖTTGEN, Arnold Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 105-143. (zit.: VVDStL 6)
- Die Organisationsgewalt. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 154-190. (VVDStL 16)
- Deutsches Universitätsrecht. Tübingen 1933.
- Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universitäten, Die Grundrechte, Bd. II 1954, S. 291-329.
- KRÜGER, Herbert Das besondere Gewaltverhältnis. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S. 109-132. (zit.: VVDStL 15)
- Der Verwaltungsrechtsschutz im b.G/s. NJW 1953, S. 1369-1373.
- Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. DVBl 1950, S. 625-629.
- Allgemeine Staatslehre. Stuttgart 1964. (zit.: Staatslehre)
- Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung. Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für R. Smend. Göttingen 1952, S. 211-241.
- Das Bundesverfassungsgericht und der moderne Staat. ZBR, S. 33 ff.

- KRÜGER, Herbert Grundgesetz und Kartellgesetzgebung. Göttingen 1950.
- KRÜGER, Hildegard Art. 6 Abs. 5 GG ein Programmsatz? DÖV 1957 S. 356-361.
- LABAND, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. I-IV. 5. Aufl. Tübingen 1911-1914. (zit.: Staatsrecht)
- Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes. Berlin 1871.
- LARENZ, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin 1960.
- LAUBADÈRE, André de Traité élémentaire de droit administratif. Paris 1957.
- LEIBHOLZ, Gerhard Parteienstaat und repräsentative Demokratie. DVBl. S. 1-8.
- v. MANGOLDT, Hermann Das Bonner Grundgesetz. Berlin, Frankfurt 1957. (zit.: v. Mangoldt)
- v. MANGOLDT-KLEIN Das Bonner Grundgesetz. Kommentar Bd. I, Berlin, Frankfurt 1957. (zit.: v. MK)
- MARCIC, René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Wien 1957.
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht. 11. Aufl. München, Berlin 1962. (zit.: Maunz)
- Die Verwaltung. Hamburg 1937.
- Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten. "Die Verwaltung" Heft 11, 4. Aufl. Braunschweig 1957.
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz. Kommentar. München, Berlin 1964.
- MAURACH, Reinhard Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Karlsruhe 1959. (zit.: Maurach)
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I, II, 1. Aufl. Leipzig 1895/6; 3. Aufl. München 1924. (zit.: Mayer).
- Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Straßburg 1886.

- MAYER, Franz JZ 1966 S.150 f (Buchbesprechung).
- MAYNZ, Renate Soziologie der Organisation. Hamburg 1963.
- MELLEROWICZ, Konrad Allgemeine Betriebswirtschaftslehre. Bd. I-IV. Berlin 1961, 3. (zit.: Mellerowicz)
- MENGER, Christian Friedrich Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz. Recht und Staat, Heft 173. Tübingen 1953.
- Restssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DÖV 1955, S.587-592.
- MERKL, Adolf Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien, Berlin 1927.
- MERTENS, Hans Joachim Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes. 1963.
- MEYER-ANSCHÜTZ Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. München, Leipzig 1910 (zit.: Meyer-Anschütz)
- MEYER, Paul Die Verwaltungsorganisation. Göttingen 1962. (zit. Meyer)
- MOHL, Robert Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg. Bd. I. Tübingen 1829.
- v. MÜNCH Die Grundrechte des Strafgefangenen. JZ 1958 S.74 ff.
- NEBINGER, Robert Verwaltungsrecht. 2. Aufl. Stuttgart 1949. (zit.: Nebinger)
- NAUMANN, Richard Rechtsweg, Gerichtsweg und Kompetenzkonflikt. JZ 1951, S.204-209.
- OBERMAYER, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung. Stuttgart 1956. (zit.: Obermayer)
- PETERS, Hans Lehrbuch der Verwaltung. Berlin 1949.
- Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel. Festschrift für Rudolf Laun. Hamburg 1953, S.669-678.
- RAUCH, Elmar Geltung und Ausübung der Freiheitsgrundrechte im öffentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnis. Jur.Diss. Münster 1962. (zit.: Rauch Diss.)

- REUTER, Albert Schulordnung und Verwaltungsgerichtsbarkeit.
DÖV 1954, S. 305-308.
- RICHTER, Lutz Das Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, Re-
ferat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts-
lehrer, S. 69 ff. (zit.: VVDStL 6)

Die Organisationsgewalt, 1926.
- RUPP, Hans Heinrich Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: gelöste und
ungelöste Probleme. ArchöR 85 (1960) S. 149-199,
301-336.

Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre.
Tübingen 1965. (zit.: Rupp)

Verwaltungsakt und Vertragsakt. DVBl 1959,
S. 81-87.

Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Trä-
hoheitlicher Gewalt. DVBl 1958, S. 113-120.
- v. SEYDEL, Max Bayerisches Staatsrecht. Bd. I, 2. Aufl. Freiburg 18
- SCHMITT, Carl Verfassungslehre. Berlin 1928.

Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteiles der
Reichsverfassung. HDStR, Bd. II, S. 572 ff. (zit.: HD
- SCHOEN, P. Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht. Vw. Arch
28, 1920, S. 1 ff-32.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin, München
1959.
- SMEND, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht. München, Leip-
zig 1928. Abdruck 1955 in den staatsrechtlichen
Abhandlungen.

Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich
mit der belgischen. Göttingen 1904.
- SPANNER, Hans Organisationsgewalt und Organisationsrecht.
DÖV 1957, S. 640 ff.

Anmerkung zum Urteil vom 19. 7. 1952 OV Münster
DÖV 1963 S. 29.

- SPANNER, Hans Diskussionsbeitrag in VVDStL, Heft 16, S.155 ff.
DÖV 1958, S.38 (Buchbesprechung).
- v. STEIN, Lorenz Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830.
Bd. I, München 1921.
- Die Verwaltungslehre. I. Teil (Die vollziehende Gewalt). 2. Aufl. Stuttgart 1869.
- STERN, Klaus Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater. JZ 1960 S.518-557.
- STETTNER, Heinrich Die strafrechtliche Problematik der körperlichen Züchtigung. Recht der Jugend (RdJ) 1958, S.169 ff.
- THOMA, Richard Der Polizeibefehl im badischen Recht. Tübingen 1906.
- Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht. Festgabe für Otto Mayer. Tübingen 1916. S.165-221.
- Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung. HDStR Bd. II, S.221-236.
- Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft. JÖR IV, S.196 ff.
- THIEME, Werner Deutsches Hochschulrecht. Berlin 1956.
- Die besonderen Gewaltverhältnisse. DÖV 1956, S.521-529.
- Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis. JZ 1964, S.81-85.
- v. TÜREGG-KRAUS Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Berlin 1962.
(zit.: v. Türegg)
- UBER, Gisbert Freiheit des Berufs. Hamburg 1952.
- ULE, Carl Hermann Das besondere Gewaltverhältnis. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, S.133-185. (zit.: VVDStL 15)
- Verwaltungsprozeßrecht. Berlin 1962. (zit.: Ule)

- ULE, Carl Hermann Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel. Recht- Staat- Wirtschaft 1951 III, S.260-299.
- VERWALTUNGSGERICHTS- Ordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Stuttgart 1949.
- VIALON, Friedrich Carl Haushaltsrecht, 2. Aufl. Berlin 1959. (zit.: Vialon)
- WEBER, Werner Die öffentliche Sache. Referat in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. S.245-282. (zit.: VVDStR 21)
- Diskussionsbeitrag in VVDStR, Heft 15, S.186-192.
- Die Körperschaften Anstalten, Stiftungen des öffentlichen Rechts. 2. Aufl. München 1943.
- WINDRICH, Joseph Zur Problematik der Grundrechte (Art. 1 I und Art. 2 I GG), in Heft 71 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein- Westfalen, 1957. (zit.: Grundrechte)
- WITHE, L.D. An Introduction to the Study of Public Administration New York 1955.
- WOLFF, Hans Julius Verwaltungsrecht. Bd. I, 1965. Bd. II 1962. Bd. III 1966. (zit.: Wolff)
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen. Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellineck, München 1955, S.33-62
- Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, Archiv für Kommunalwissenschaften 1963, S.149-174. (zit.: Rechtsformen)
- WOLF, Friedemann Grundrechte und b.G/s (Auszug der Bonner Dissertation 1953 über die "Anstaltsgewalt und Verwaltungsgerichtsbarkeit" nebst einer Vorbemerkung über die Anfechtbarkeit von Akten im Rahmen eines b.G/

Abkürzungen in den Anmerkungen wurden wie in der Literatur des öffentlichen Rechts üblich verwendet. Abkürzungen häufig in der Arbeit verwendeter Begriffe und die abgekürzten Titel von selten gebrauchter Literatur werden beim ersten Auftauchen erläutert. Ferner werden viele Abkürzungen bei Angabe der Literatur im Schrifttumsverzeichnis erklärt.

EINLEITUNG

Die praktische Wichtigkeit einer Untersuchung über die Anstaltsgewalt ist offensichtlich; wie zutreffend bemerkt wurde ¹⁾, beginnt der Mensch sein Leben unter der Anstaltsgewalt (Entbindungsanstalt), und er beschließt es unter der Anstaltsgewalt (Friedhof). Zwischen diesen äußersten Punkten untersteht der Mensch während seines Lebens, gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten, un-
aufzählbaren Anstaltsgewalten, z.B. als Schüler, Schwerkranker, Gefangener, Irre, Benutzer von Versorgungsbetrieben, von Museen usw.

Heute sind aber Begriff und Grenzen der Anstaltsgewalt (im folgenden: Anst/g) vielfach problematisch geworden. Die Literatur des letzten Jahrzehntes hat - anders die Rechtsprechung - das Institut der Anst/g ins Kreuzfeuer der Kritik gestellt. ²⁾ Anlaß zu dieser Kritik wird die neue Verfassungsordnung, die das Grundgesetz (Art. 1 I, III; Grundrechtsvorschriften; Art. 19 II, IV; Art. 20, 80, die Verfassungsstruktur überhaupt) einführt. Mit dieser Verfassungsordnung ist die Unterscheidung der älteren Lehre ³⁾ zwischen Rechts- und Nicht-Rechtsräumen schlechthin unvereinbar. Die Verfassung kennt keinen Raum, der dem Zugriff des Rechts entzogen ist. Da die Anst/g die wichtigste Erscheinungsform der Staatstätigkeit innerhalb des Raumes des Nicht-Rechts bildete, mußte sie von der neuen Verfassungsordnung am ehesten betroffen werden. Die Anst/g in das Grundgesetz einzuordnen, wird also die eigentliche Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

Vor Beginn der Untersuchung müssen die Anst/g sowie auch andere sie bedingende Begriffe geklärt werden. Dieser Versuch findet im ersten Teil der Arbeit statt; im gleichen Teil werden ferner die Grundthesen der nachfolgenden Untersuchung (II. Teil) aufgestellt. ⁴⁾ Die Anst/g verweist auf den Begriff der Anstalt und weiterhin auf das besondere Gewaltverhältnis. Wie gezeigt werden wird ⁵⁾, kann die Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses (im folgenden: b.G/s) für die derzeitige Problematik der Anst/g nichts beitragen. Das b.G/s könnte zwar bestimmte Tatbestände belegen; nicht aber jene, die der Anst/g

1) Krüger VVDStL 15/110.

2) Vgl. ForsthoFF S.118 ff; Herb. Krüger, Smend-Festschrift S.217 ff; Maunz-Dürig zu Art. 19 IV Nr. 25; Ule VVDStL 15/143 ff; Obermayer, Verw/akt u. innerdienstl. Rechtsakt S.84 ff; Jesch S.171 ff; Rupp S.78 ff.

3) Dazu: Laband, Staatsrecht Bd. II S.181; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt S.234 ff; G. Jellineck, Subjektive Rechte S.194; zusammenfassend, Anschütz in Art. "Gesetz" WBStVwR Bd.II.

4) s.u. §§ 25, 26, 32.

5) s.u. I. Teil, 2. Abschnitt.

untergeordnet sind. Außerdem bietet das b.G/s, methodisch gesehen und am geltenden Verfassungsrecht gemessen, nur eine unzuverlässige Grundlage zur Bestimmung des Inhalts und der Grenzen der Anst/g; deshalb wird es nach einer kritischen Betrachtung als überholt und ungeeignet abgelehnt. ¹⁾ Bei Untersuchung des Verhältnisses der Anstalt zu der Anst/g wird auf die Bildung eines Anstaltsbegriffs abgestellt, der nicht nach funktionalen, sondern nach formellen Kriterien bestimmt wird. ²⁾ Die formellen Kriterien grenzen auch die Anstalt gegenüber den Behörden ab. Der Begriff der Anst/g bezieht sich auf das Verhältnis der Anstalt zu dritten Personen (nicht also auf die eigenen Funktionsnäre), welche die Anstaltseinrichtungen benutzen ³⁾ (Benutzer). Dieses Verhältnis (Benutzungsverhältnis) muß eine öffentlich-rechtliche Gestaltung erhalten haben, damit es Gegenstand der Anst/g wird. ⁴⁾ Die sog. nicht-nutzbaren Anstalten scheiden aus der Untersuchung aus. Die bisher vorgenommene Bestimmung bietet zugleich die Basis zur Abgrenzung der Anst/g gegenüber der Anstaltspolizei und der Hausgewalt. ⁵⁾

Bezugspunkt der Anst/g ist das Anstaltsbenutzungsverhältnis, nämlich das Verhältnis der Anstalt zu dritten, außenstehenden Personen. Die Stellung der Benutzer als Dritte gegenüber der Anstalt ergibt sich daraus, daß sie keine Anstaltsfunktionäre sind. Wird das Anstaltsbenutzungsverhältnis zum Bezugspunkt der Anst/g, so erscheint es gerechtfertigt, eine Klärung der Begriffe "Benutzung" und "Benutzer" vorzunehmen. ⁶⁾ Der gleiche Abschnitt beschäftigt sich mit der Aufgabe, aus der jeweiligen Dauer (Anfang, Ende) und dem jeweiligen Zweck des Anstaltsbenutzungsverhältnisses bzw. dem Anstaltszweck, die Anst/g zeitlich und sachlich näher zu fassen. ⁷⁾

Die Anst/g wirkt auf das Benutzungsverhältnis dreifach ⁸⁾, indem sie für eine geordnete Benutzung sorgt, indem sie Vergünstigungen verschiedener Art den Benutzern zukommen läßt und indem sie im Rahmen der Benutzung die Individualsphäre der Benutzer beeinträchtigt. Demnach tritt die Anst/g als ordnende, als pflegende und als eingreifende Staatstätigkeit auf. Jede der drei Erscheinungen hat eigene strukturelle Merkmale. Auf diese Merkmale weist schon

1) Insb. §§ 24, 25; im Verhältnis zu der eingreifenden Anst/g s. §§ 53, 54, 55, 56.

2) I. Teil, 1. Abschnitt; insbes. §§ 5, 6, 7.

3) § 8.

4) § 9.

5) I. Teil, 1. Abschnitt, IV. Kapitel.

6) I. Teil, 3. Abschnitt; insb. §§ 28, 30.

7) §§ 30, 31.

8) I. Teil, 4. Abschnitt.

die Faktizität des Benutzungsverhältnisses hin, die uns eine tatsächliche Betrachtung des Benutzungsverhältnisses liefert.¹⁾ Da für die gesetzliche Vorbehaltsproblematik der Anst/g in jeder ihrer drei Erscheinungen eine weitere juristische Präzision nötig ist, wird das Moment der Pflege als das immanente Merkmal der pflegenden Anst/g und das Moment des Eingriffs als das immanente Merkmal der eingreifenden Anst/g näher behandelt.²⁾ Soweit die Anst/g weder pflegend noch eingreifend in Erscheinung tritt, übt sie eine ordnende Tätigkeit aus.

Da die Anst/g an die grundgesetzliche Ordnung gebunden ist, muß sie jenen rechtsstaatlichen Garantien unterliegen, die das Grundgesetz (im folgenden: GG) für die hoheitliche Staatstätigkeit fordert; so kommt das Prinzip der Gesetzmäßigkeit zum Zuge. Dieses Prinzip, in der Zeit der konstitutionellen Monarchie entstanden, enthält zwei Ausprägungen: Den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes. Unter dem Vorrang des Gesetzes versteht man, jedenfalls für den Bereich des Außenrechts, die derogatorische Kraft aller Staatsakte in Gesetzesform gegenüber anderen hierarchisch untergeordneten Rechtsquellen.³⁾ Charakteristisch ist noch für den Vorrang des formellen Gesetzes, daß die Exekutive, soweit eine gesetzliche Regelung reicht, keine abweichende Regelung ohne eine neue gesetzliche Grundlage erlassen darf. Nach dem GG (Art. 20 III) erstreckt sich der Vorrang des Gesetzes im vollen Umfang auf den Tätigkeitsbereich der Anst/g. Jede Anordnung der Anst/g, sei es eine Verwaltungsverordnung, eine Rechtsverordnung, eine Anweisung oder ein Verwaltungsakt, steht unter dem Gesetz; jede Handlung contra legem ist unzulässig. - Der Vorbehalt des formellen Gesetzes besagt, daß bestimmte Verwaltungsmaßnahmen nur durch Gesetz oder durch untergesetzliche Akte auf der Basis aber einer gesetzlichen Ermächtigung rechtmäßig ergehen dürfen.⁴⁾ Der Vorbehalt des Gesetzes gilt nach der überkommenen Doktrin nur als Eingriffsvorbehalt, nämlich sofern die Exekutive im Rahmen eines sog. allgemeinen Gewaltverhältnisses Eingriffe in Freiheit und Eigentum vornimmt. Dagegen steht der Bereich, in dem die Anst/g tätig wird, nicht unter dem Vorbehalt des Gesetzes⁵⁾, da hier die Verwaltung aus

1) §§ 33, 34, 35.

2) § 36.

3) Vgl. Mayer Bd. I S. 68; Laband, Staatsrecht Bd. II 68 ("formelle Gesetzeskraft"); W. Jellineck S. 121; Wolff § 30 II (negative "Verfassungs-Gesetzmäßigkeit der Verwaltung"); Rupp S. 12, 75, 105. - Jesch S. 29, 174 versteht den Vorrang des Gesetzes im Sinne der Merkl-Kelsen'schen Stufentheorie, nämlich ohne das Außen- von dem Innenrecht zu unterscheiden; ebenso begreift er O. Mayer's Ausführung a. a. O.

4) Vgl. Mayer Bd. II S. 69 f; Wolff § 30 III ("Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im positiven Sinn"); Rupp S. 113 ff; Jesch S. 30 ff.

5) Zur Unterscheidung des besonderen von dem allgemeinen Gewaltverhältniss. § 12.

eigener Vollmacht jegliche Maßnahme ergreifen darf. Das ist der Bereich der sog. b.G/se, d.h. der Bereich des Nicht-Rechts, wo die staatliche Verwaltung - so die überkommene Doktrin - Eingriffe vornimmt und Leistungen gewährt, ohne verpflichtet zu sein, eine gesetzliche Ermächtigung vorzuweisen. ¹⁾

Durch besondere Vorschriften sowie durch seine gesamte Struktur spricht das GG gegen den Fortbestand eines b.G/s als rechtsfreien Raumes. Das hat zu bedeuten: an die Stelle der rechtlichen Ungebundenheit der Verwaltung treten jetzt jene Rechtsbindungen, die das GG vorsieht. Speziell in bezug auf den Tätigkeitsbereich der Anst/g heißt dies, daß die Anst/g gegenüber den von ihr betroffenen Rechtssubjekten gleichen Rechtsbindungen untersteht, wie der Staat im Verhältnis zu seinen Bürgern. Damit ist nicht gesagt, daß der Vorbehalt des Gesetzes im gleichen Umfang auf den gesamten Tätigkeitsbereich der Anst/g angewandt werden muß. Freilich liegt aber die Annahme eines totalen Vorbehalts des Gesetzes für das Gebiet der Anst/g auf der Hand, wenn dies die Untersuchung für das Verhältnis Staat - Bürger bestätigen wird. Mit Umfang und Ausmaß der Anwendung des Gesetzesvorbehaltes auf alle Teilgebiete der Anst/g befaßt sich der zweite Teil der vorliegenden Arbeit.

Der Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes findet prinzipiell auf alle drei Erscheinungen der Anst/g Anwendung.

Die eingreifende Anst/g ist an eine gesetzliche Ermächtigung im vollen Umfang gebunden ²⁾; dies ergibt sich zwangsläufig aus der verfassungsrechtlichen Stellung der Exekutive als vollziehende Gewalt im echten Sinne des Wortes und aus der entsprechenden Stärkung des Parlaments als souveränen Staatsorgans ³⁾ sowie auch daraus, daß die Individualsphäre des Einzelnen nach dem Sinngefüge der Verfassung grundsätzlich unter dem Vorbehalt des Gesetzes steht ⁴⁾; Eingriffe in sie bedürfen einer formell-gesetzlichen Ermächtigung. Die gesetzliche Ermächtigung - durch Rechtsverordnung oder durch sog. autonome Satzung erteilt - muß einen spezifizierten Charakter haben. ⁵⁾ Das Ausmaß der Spezifität richtet sich nach dem Art. 80 I GG; nicht zuletzt fordern Gründe, die mit dem Gewaltenteilungsprinzip, mit Rechtssicherheitsgedanken und mit einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung - so im Anschluß an die h. Meinung - verknüpft sind, auch eine enge bzw. spezifizierte Ermächtigung.

Gleiche Überlegungen wie oben führen zur Erweiterung eines besonderen Gesetzesvorbehaltes auf die pflegende Anstaltstätigkeit ⁶⁾, jedenfalls soweit es

1) §§ 13, 14.

2) II. Teil, 2. Abschnitt.

3) § 55.

4) Kap. II.

5) § 56.

6) II. Teil, 3. Abschnitt; vgl. auch § 63.

um die Statuierung von Berechtigungen auf Leistungen geht. ¹⁾ Das Rechtsetzungsmonopol des Parlaments - eine Übertragung dessen Rechtssetzungsbefugnis ist im Prinzip verboten, nur ausnahmsweise innerhalb der Verfassungsschranken (Satzungen!) erlaubt - und das verfassungsrechtliche Postulat nach einer rechtlichen Legitimation der Exekutive im Außenbereich lassen keinen Raum mehr der Exekutive zur eigenen Rechtssetzung. ²⁾ Die Gewährung von Berechtigungen auf Leistung durch Verwaltungsverordnungen widerspricht daher der Verfassung. ³⁾ Das Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes könnte nur für den Bereich des Handelns der Anstaltsverwaltung ⁴⁾ (also, ohne daß rechtliche Beziehungen zu Dritten hergestellt werden) und unter besonderen Bedingungen das Haushaltsgesetz erfüllen. ⁵⁾ Im Einvernehmen mit der Grundeinstellung der Verfassung gegen die weitere Entstehung gewohnheitlicher Rechtsregeln (Rechtsetzungsmonopol des Parlaments) wird ferner unter Umständen nur für ältere Tatbestände die Fortgeltung einer gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung angenommen, soweit sie im Bereich der sog. Interna mit Außenwirkung für besondere Tatbestände jeweils nachweisbar ist. ⁶⁾

Auch der Bereich der sog. Interna mit Außenwirkung (Tätigkeitsbereich der ordnenden Anst./g ⁷⁾) wird prinzipiell vom Vorbehalt des Gesetzes erfaßt, da die hier ergriffenen Maßnahmen den Benutzer als einen Außenstehenden betreffen. ⁸⁾ Die Gesetze enthalten aber nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Ermächtigung der Anstaltsverwaltung zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten. Diese Lücke läßt sich jedenfalls für besondere Anstaltsgruppen durch eine Aufwertung bestimmter Normen und Grundsätze der Verfassung (so mit besonderen Verfassungsartikeln ⁹⁾ für Gefängnisse und Schulen) und durch das Kontinuitätsprinzip ¹⁰⁾ als subsidiäre Grundlage für sämtliche Anstalten schließen. Die angesprochenen Normen und Grundsätze stellen allerdings nur allgemeine Ermächtigungen dar. Sie werden aber spezialisiert, wenn man das hierarchische Abhängigkeitsverhältnis der Anstaltsorgane (Direktionsgewalt) als Element der

1) Kap. V.

2) Kap. III, § 65.

3) § 69.

4) dazu Kap. IV.

5) § 66.

6) § 67.

7) II., Teil, 1. Abschnitt.

8) s. ü. S. 45/46, 72 ff.

9) § 44.

10) § 45.

vollziehenden Gewalt (Art. 20 II, III GG) noch heranzieht ¹⁾; aus dem hierarchischen Abhängigkeitsverhältnis ergeben sich nämlich bes. Kontrollbefugnisse der übergeordneten über die untergeordneten Anstaltsorgane ²⁾, die nicht nur Verbindlichkeiten im Verwaltungsinternum auslösen, sondern auch indirekt eine Wirkung nach außen haben können. Da diese Außenwirkung auch dem Sinn der Direktionsgewalt entspricht, ist es kein Widerspruch zum Prinzip des Gesetzesvorbehalts, sieht man in ihr eine Ermächtigungsgrundlage, vorausgesetzt, daß das hierarchische Abhängigkeitsverhältnis normativ festgelegt oder auf ein Gesetz zurückführbar ist. Eine ähnlich geartete Konkretisierung können ferner gesetzliche Kompetenzvorschriften erhalten, die im Gebiet der ordnenden Tätigkeit den Aufgabenbereich nur global bestimmen. ³⁾ Im Abschnitt der ordnenden Analtsttätigkeit wird abschließend die Rechtsstellung von rechtsprechenden Instanzen geprüft, die öfters in Anstaltsorganisationen eingebaut sind. ⁴⁾

Zur Frage des gerichtlichen Schutzes gegen die Anst./g wird von der Generalklausel des Art. 19 IV GG ausgegangen. ⁵⁾ Allein diese Vorschrift weist schon auf die Verrechtlichung der Verwaltungsmaßnahmen ⁶⁾ auch im sog. "rechtsfreien Raum" des b.G/s hin und damit zur Erstreckung der gerichtlichen Kontrolle auf die gesamte Anstaltstätigkeit im Benutzungsverhältnis. Sonst würde die Gewährung der rechtsstaatlichen Garantien zur leeren Form, und das Prinzip des Gesetzesvorbehaltes verlöre seinen eigentlichen Sinn und seine Funktion als verfassungsrechtliches Postulat. Insbesondere ist Art. 19 IV GG sowohl bei pflegenden Handlungen als auch bei Eingriffen streng anzuwenden, und zwar im letzten Fall ohne zu unterscheiden, ob der Eingriff "schwer" oder "willkürlich" ist. ⁷⁾ Gegen Leistungsverweigerungen vermag Art. 19 IV GG beim Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer subjektiven Berechtigung ⁸⁾ vollkommen Rechtsschutz zu gewähren. - Im Rahmen der ordnenden Anstaltstätigkeit genießt die Interessenlage des Benutzers zunächst eines verwaltungsmäßigen Schutzes, der sich auf den hierarchischen Aufbau der Anstaltsorganisationen gründet. Dieser Schutz kann aber in einen gerichtlichen Schutz ausmünden, wenn nämlich bestimmte Prinzipien im GG verletzt werden. ⁹⁾

1) § 38.

2) § 39.

3) § 42 c.

4) § 48.

5) s.u. S. 47/48.

6) Vgl. BVerfGE 8/326, 10/267, 15/282.

7) s.u. S. 95 f, 119.

8) So die h.L.: Wolff I S. 235 ff, Huber I S. 681, 684, ForsthoFF S. 172 ff, Rupp S. 266 ff m. Nachw.; BVerwGE 7/185.

9) II. Teil, 1. Abschnitt, Kap. IV.

Das Problem der Grenzen der Anst/g könnte unter dem Gesichtswinkel der Natur der Sache erörtert werden. Eine solche Untersuchung wird aber hier nicht vorgenommen. Die Problematik der Natur der Sache bezieht sich auf eine andere Ebene als diese Arbeit. Hier geht es um die Abhängigkeit der Anst/g von der positiven Rechtsordnung (Verfassung, Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, Gewohnheitsrecht, Verwaltungsverordnung). Die Problematik der Natur der Sache hat dagegen das Verhältnis der positiven Rechtsordnung (ihre Quellen wurden oben erwähnt) zu einem überpositiven und unwandelbaren Recht zu untersuchen, welches weder vom Gesetzgeber noch von der Verfassung gesetzt ist. ¹⁾

Den Rahmen dieser Arbeit überschreiten auch staatswissenschaftliche Untersuchungen (Staatslehre, Verwaltungslehre), die bei der Behandlung von Fragen des Begriffs der Anstalt und des Benutzungsverhältnisses auftauchen können (Staatsbegriff, Verhältnis des Staates zum Recht und umgekehrt). Soweit aber ein Rückgriff darauf notwendig ist, wird nur auf die Ergebnisse der staatswissenschaftlichen Untersuchungen abgestellt. ²⁾

1) Jesch S. 3.

2) Vgl. z.B. S. 114f, 120 ff.

I. TEIL: GRUNDLAGEN

1. ABSCHNITT: BEGRIFFSKLÄRUNG

I. KAPITEL

ANSTALTSGEWALT UND ÜBERKOMMENE DOKTRIN

§ 1

Geschichtliches über die Anstaltsgewalt

Das Wort "Anstaltsgewalt" prägte O. Mayer.¹⁾ Damit faßte er die öffentlich-rechtlichen Funktionen einer Anstalt zusammen.²⁾ Auch den Begriff der Anstalt definierte Mayer - wir meinen hier eine technische Definition, die mit unmittelbaren Rechtswirkungen verbunden ist - in der zweiten Auflage seines "Deutschen Verwaltungsrechts".³⁾ Vor O. Mayer verwendeten Rechtsprechung und Wissenschaft an Stelle der "Anst/g" andere besondere Ausdrücke, wie z.B. Schulzucht⁴⁾, Schulordnung⁵⁾, Friedhofsordnung⁶⁾, Begräbnisordnung⁷⁾. Diese Ausdrücke bestimmen die besondere öffentliche Gewalt jener Rechtsgelbilde, die später von O. Mayer als "Anstalten" bezeichnet wurden.

§ 2

Die Funktion der Anstaltsgewalt nach der traditionellen Lehre

Mit der "Anst/g" konnte die "Anstalt" die ihr zugedachte rechtliche und politische Funktion erfüllen. O. Mayer beabsichtigte mit der Bildung des Anstaltsbegriffs nicht nur gewisse Erscheinungen der Verwaltungsorganisation schärfer abzugrenzen. Er wollte außerdem die "Anstalten" in Beziehung zu der Theorie des liberalen Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts⁸⁾ setzen, in deren Mittelpunkt der Dualismus von Staat und Gesellschaft⁹⁾ stand. Das Ideal des liberalen Rechtsstaates bestand in der Bindung aller staatlichen Handlungen, die sich auf das Ver-

1) Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. Bd. II S. 335, 338; 3. Aufl. Bd. II S. 284.

2) s. Anm. 1.

3) Mayer 1. Aufl. Bd. II S. 318.

4) PrOVG Bd. 15/443.

5) PrOVG Bd. 81/148.

6) PrOVG Bd. 56/253.

7) PrOVG Bd. 62/130, Bd. 82/105; vgl. Entwurf einer Verwaltungsordnung für Bai Württ. (WüEVRO oder EwVRO), Begründung S. 248.

8) Jecht S. 20, 22.

9) s. u. S. 26 f, 28 f.

hältnis des Staates zum Bürger bezogen, an das von der "Gesellschaft" mitgeschlossene "Gesetz". ¹⁾ Für das Bürgertum - das Bürgertum bzw. die Gesellschaft stellte eine eigengesetzliche und vom Staat prinzipiell zu scheidende Sphäre dar ²⁾ - war es eine Errungenschaft (nach längeren Bestrebungen erreicht), als der Staat - der Monarch bzw. seine Exekutive verkörperte den Staat - zum Eingriff in die Freiheit und das Eigentum die Zustimmung der Gesellschaft einholen mußte. Die Zustimmung wurde von Vertretern der Gesellschaft (Parlament) in der Form eines Gesetzes gegeben. Das Vorliegen eines Gesetzes erfüllte die Forderung des liberalen Rechtsstaates nach einer gesetzmäßigen Verwaltung. Ferner schien mit der erwähnten Funktion des Gesetzes die Rechtssphäre des Einzelnen gegenüber der Verwaltung vollständig abgegrenzt zu sein. ³⁾

Das Erfordernis eines Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum galt, solange der Einzelne sich innerhalb der Gesellschaft bewegte. Sobald er sich an eine Anstalt wendete, trat der Bürger aus der Gesellschaft heraus. Im Bereich der Anstalt aber herrschte die Anst/g, welche Eingriffe in Freiheit und Eigentum vornehmen konnte, ohne eine tragende Gesetzesvorschrift zu benötigen. Die öffentliche Verwaltung unterlag im Bereich der Anstalt keinerlei rechtlichen Bindungen. ⁴⁾ Die Tatsache des Eintritts in den Bannkreis der Anstalt ⁵⁾ gab der Anst/g diese Macht. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wurde mit Hilfe der Anst/g durchbrochen. ⁶⁾

Der Anstaltsbegriff schuf also eine Enklave, die ein Rest des Polizeistaates im bürgerlichen Rechtsstaat war. ⁷⁾ So bekam die Anstalt einen durchaus politischen Sinn. Der rechtliche Sinn der Anstalt - die politischen Umstände bestimmten ihn entscheidend - bestand in den oben erwähnten Wirkungen der Anst/g auf die rechtliche Stellung des Einzelnen.

1) Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 150.

2) ForsthoFF S. 14; s. u. § 15 m. Nachw.

3) Vgl. Jecht S. 21.

4) Mayer 2. Aufl. Bd. II S. 494; 3. Aufl. Bd. II S. 284. Außerdem s. 2. Aufl. Bd. I S. 110; Bd. II S. 496. In der 2. Aufl. Bd. I S. 110 schreibt Mayer, daß die Anweisung im b. G/s "wie der obrigkeitliche Akt im Polizeistaat" wirkt.

5) Mayer 3. Aufl. Bd. II S. 285.

6) ForsthoFF S. 51 sieht in dem Begriff der Anstalt eine Formel, mit der es gelang, alle Akte der Verwaltung, für die es an einer gesetzlichen Grundlage fehlte, "im rechtsstaatlichen Sinne als gerechtfertigt erscheinen zu lassen".

7) Jecht S. 21.

II. KAPITEL: ENTWICKLUNG DES BEGRIFFS DER ANSTALT

§ 3

Unbürokratischer Anstaltsbegriff

Zur näheren Ermittlung des Inhaltes der Anst/g ist auf den Begriff der Anstalt einzugehen. O. Mayer hat die Anstalt definiert wie folgt: "Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind". Mit dieser Definition verengte Mayer den Anstaltsbegriff, und es gelang ihm noch, die Anstalt als ein spezifisches verwaltungsrechtliches Institut zu begründen, das für das deutsche Verwaltungsrecht typisch geworden ist. ¹⁾ Die Definition Mayer's hat einen erfolgreichen Eingang in die Rechtssprechung gefunden; bis heute wird sie vielfach verwendet. Auch die Lehre hat an der Mayer'schen Definition unverändert festgehalten. In der Gesetzgebung ist sie aber niemals ausdrücklich festgelegt worden ²⁾.

Der Schwerpunkt der Definition Mayer's liegt auf dem "Bestand" von Mitteln. Es genügt nicht, "daß die Sache (Mayer meint hier die Benutzungsmittel) einer öffentlichen Anstalt diene ... es bedarf eines innigen Zusammenhanges mit der öffentlichen Anstalt ... die Sache muß selbst die öffentliche Anstalt sein." ³⁾ Mit diesen Erläuterungen zu dem "Bestand" von Mitteln ⁴⁾ trennt sich Mayer von der "service public" des französischen Verwaltungsrechts. Damit erspart er der deutschen Verwaltungswissenschaft alle theoretischen Auseinandersetzungen, die sich mit dem Begriff des "service public" in Frankreich verbinden. ⁵⁾ Unter dem Mayer'schen Anstaltsbegriff ("Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen") faßte man eigentlich Sachinbegriffe: Land-, Wasserstraßen, Flüsse, Brunnen und dgl. wurden deshalb als Anstalten bezeichnet. ⁶⁾

1) Im französischen Verwaltungsrecht macht sich heute eine Zwiespältigkeit des Begriffs des "service public" bemerkbar; vgl. de Laubadere, Traité... S. 535 ff.

2) Der EwVRO f. Bad.-Württ. gibt im Art. 139 einen allgemein geltenden und umfassenden Begriff der Anstalt. Dieser Begriff liegt kaum der Mayer'schen Auffassung fern; vgl. Mayer 3. Aufl. Bd. II S. 284.

3) Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S. 230.

4) Der Ausdruck "Bestand von Mitteln" erscheint einige Jahre später im "Deutschen Verwaltungsrecht" (1896). Die zitierten Ausführungen Mayer's zeigen deutlich den Übergang von dem als Vollzug der staatlichen Tätigkeit verstandenen Anstaltsbegriff zu dem anderen, nämlich den rein sachlich bestimmten Begriff der Anstalt. - Für das französische Verwaltungsrecht s. de Laubadere a. a. O.

5) Jecht S. 17.

6) ProVG Bd. 93/216; Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht S. 144.

Es handelte sich hier um eine "unbürokratische" Sinndeutung der Definition Mayer's, da den genannten Erscheinungen eine bürokratische Organisation fehlt.

§ 4

Bürokratischer Anstaltsbegriff

Eine Wandlung des Anstaltsbegriffs - unter Beibehaltung der Formulierung Mayer's - machte sich später bemerkbar, als der Schwerpunkt sich von dem "Bestand" auf die Verbindung von "sachlichen mit persönlichen Mitteln" verlagerte. Die Sachinbegriffe werden damit von dem Anstaltsbegriff ausgeklammert. Das persönliche Element wird jetzt in der Anstalt aktiv, indem es dem Einzelnen eine Leistung gewährt. Zur Erfüllung der Leistung ("des besonderen öffentlichen Zwecks") ist eine gewisse Organisation des Anstaltsapparates erforderlich, und bei dieser Organisation spielt das persönliche Element ¹⁾ eine wichtige Rolle (bürokratischer Anstaltsbegriff). ²⁾

§ 5

Funktionaler Anstaltsbegriff

In der Literatur der letzten Zeit bemerkt man eine neue Beschränkung des Anstaltsbegriffs - diesmal zur Abgrenzung des Anstaltsbegriffs gegenüber den Behörden -, die zugleich eine Wandlung der Funktion der Anstalt bedeutet. Diese Wandlung geht in Richtung auf einen "funktional" ³⁾ definierten Anstaltsbegriff, und sie ist noch nicht abgeschlossen. Anklänge der erwähnten Wandlung finden die Vertreter des funktional bestimmten Anstaltsbegriffs bei Thoma. Er sieht in der Anstalt einen objektivierten und personifizierten Betrieb, während die Behörde ein objektivierter und personifizierter "Bestand öffentlicher Verwaltungsaufgaben und Kompetenzen" ⁴⁾ für ihn ist. Auch Wilhelm Weber schreibt jeder Anstalt einen "Bereich eigener Sachverantwortung" zu ⁵⁾. Adolf Merkl - ganz von der Auffassung Mayer's abweichend - sieht das Charakteristische der Anstalten darin, "daß sie durch die Anstaltsleitung unmittelbar dem Kulturzweck dienen, d.h. kulturell oder zivilisatorisch wertvolle Güter bereithalten oder selbst schaffen" ⁶⁾. Dagegen erlassen die Behörden Staatsakte in

1) Vgl. Peters, Lehrbuch S. 113.

2) Vgl. Jecht S. 19.

3) Die Benennung findet man in Jecht S. 38, 76 u. a.

4) HdbDStL Bd. II S. 615.

5) HwBSozW Bd. V Sp. 451.

6) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 306.

Aktenform "die (Staatsakte) nur teilweise (neben den sog. Machtzwecken) und nur mittelbar (indem sie das Verhalten anderer Menschen bestimmen wollen) dem sog. Kulturzweck dienen". ¹⁾

Der eigentliche Kritiker des Mayer'schen Anstaltsbegriffs ist A. Köttgen. Er hat sich für einen funktionalen Anstaltsbegriff ausgesprochen, der einer typischen Organisationsform der Leistungsverwaltung entsprechen sollte. ²⁾ Der Definition Mayer's - so führt Köttgen aus - fehlt jedes Moment der Distanzierung von den unmittelbaren staatlichen Funktionen. Alle staatlichen Funktionen werden in einen Pluralismus von Anstaltsfunktionen aufgegliedert. ³⁾ Ferner hielt er die Anerkennung öffentlich-rechtlicher und privat-rechtlicher Organisationstypen nebeneinander als öffentliche Anstalten - wie es Mayer im Ergebnis tut - für ungeeignet; denn es wird keine sichere Scheidung zwischen der öffentlichen Anstalt und den gewerblichen Interessen nachgehenden Regieverwaltung damit ermöglicht. ⁴⁾ Vor allem bereitet das Abstellen auf den öffentlichen Zweck - meint Köttgen - große Schwierigkeiten. ⁵⁾ Anstelle des "öffentlichen Zweckes" verlangt er deshalb die Aufnahme des eindeutigen Merkmals der "öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung". ⁶⁾ Darüber hinaus bekommt die Anstalt eine besondere Stelle innerhalb der Verwaltung; denn die Anstalt beschränkt sich auf jene Verwaltungszweige, innerhalb deren Geschäftsbereich nicht der Rechtsakt - wie bei den Behörden -, sondern der Realakt ⁷⁾ dominiert. Das Verbum "dominieren" besagt allerdings nur das Übergewicht des Realaktes über den Rechtsakt. Es braucht also nur das Übergewicht einer anstaltlichen Tätigkeit - sie wird wie oben durch den Realakt charakterisiert ⁸⁾ - vorzuliegen, damit eine Organisation als Anstalt angesehen wird.

Unter Bezugnahme auf die ältere Literatur, die Anstalt funktional, als Organisationstyp der leistenden Verwaltung zu bestimmen, ist auch der Versuch Jecht's zu werten. Er räumt der Anstalt einen festen Platz zwischen der Behördenverwaltung und der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates ein. ⁹⁾

1) Merkl a. a. O.

2) Vgl. VVDStL 16/184. Die Behörden erfüllen demgegenüber Ordnungsfunktionen und sie sind damit typische Erscheinungen der Eingriffsverwaltung.

3) Köttgen in VVDStL 6/110 ff identifiziert die Anstalt mit der öffentlich-rechtlichen Verwaltungseinheit nicht.

4) Köttgen a. a. O.

5) Dazu u. § 20.

6) Köttgen op. cit. S. 123 ff. Anderer Meinung Maunz, Die öffentlichen Sachen und Anstalten S. 26, Forsthoff S. 438.

7) Köttgen op. cit. S. 114.

8) Köttgen op. cit. S. 125.

9) Jecht S. 104.

Die Institution der Anstalt - tatsächlich betrachtet - beruht heute, nach Jecht, auf dem dauernden Vollzug sachlich-technischer Abläufe. ¹⁾ Zur Bewältigung bedarf daher die Anstalt des Einsatzes von Menschen, die durch entsprechendes (sachlich-technisches) Fachwissen qualifiziert sind (Experten) ²⁾. Diese Experten "steuern" die Anstalt. Sie erteilen bei der "Steuerung" keine Befehle; denn der Befehl als Herrschaftsmittel ist den "sachlich-technischen" Aufgaben fremd. Ferner sind bei der "Steuerung" die Experten ungebunden. ³⁾ Dieser ungebundene Steuerungsraum, welcher für den Anstaltsbegriff bestimmend ist, ergibt sich aus der sachlich-technischen Natur der wahrgenommenen Aufgaben zwangsläufig. Der ungebundene Steuerungsraum begründet zugleich ein Moment der Selbständigkeit für die Anstalt innerhalb der Organisation der Verwaltung.

Die hierarchische Abhängigkeit der unter- zu den übergeordneten Stellen (innerhalb der anstaltlichen Organisation und in dem Verhältnis dieser zu der Verwaltung) wird eben wegen der "Natur der Aufgaben" abgeschafft; denn dem Experten kommt ein eigener Raum zur freien und selbständigen Entscheidung zu. ⁴⁾ Einer gerichtlichen Kontrolle sind die erwähnten Entscheidungen ebenso wenig zugänglich. Die Entscheidung des Experten ist unvertretbar.

Auf umgekehrte Merkmale verweisen die Behörden. Sie sind im Instanzenzug der Verwaltungsorganisation eingebaut und bei Erfüllung ihrer Aufgaben (ordnender oder eingreifender Verwaltung) unterliegen sie einer starken hierarchischen Kontrolle. Die Behörde stellt damit den Organisationstyp für die überkommene obrigkeitliche Verwaltung dar. ⁵⁾

§ 6

Kritische Bemerkungen zu dem funktionalen Anstaltsbegriff

Folgendes ist zu dem Versuch eines Teiles der Lehre - dieser Teil bildet nicht die herrschende Meinung -, den Anstaltsbegriff funktional bzw. sachlich-technisch zu bestimmen, zu bemerken:

a) Aufgaben sachlich-technischer Natur werden nicht nur von Anstalten - wir gebrauchen hier das Wort "Anstalten" im Mayer'schen Sinn, wie es die bis jetzt erwähnten Kritiker, um zu ihren Ergebnissen zu kommen, getan haben -, sondern auch von der ganzen Verwaltung wahrgenommen. ⁶⁾ Es handelt sich um

1) Jecht kommt sehr oft - so führt auch er selbst aus, z.B. s. S. 127, 104 - zu seinen Ergebnissen auf Grund soziologischer Feststellungen.

2) Jecht S. 62, 126.

3) Vgl. Jecht S. 126.

4) Jecht S. 62.

5) Jecht S. 104.

6) Vgl. Wolff, Rechtsformen S. 150, 157; F. Mayer JZ 1966/151.

ein allgemeines Phänomen, welches heute auf viele Verwaltungsstellen zutrifft. Auch ist der Grad der Technisierung keineswegs bei ihnen niedriger als bei den Anstalten. Vielleicht kann die Technisierung besondere Anstalten der Leistungsverwaltung treffen. Damit aber ist die Technisierung nicht zum kennzeichnenden Merkmal des Anstaltsbegriffs gegenüber der Verwaltung geworden. Man könnte höchstens von einer sachlich-technischen Entwicklung der Aufgaben bei besonderen Anstalten sprechen. Diese Entwicklung ist jedoch noch nicht abgeschlossen. Zu einer sachgemäßen Beurteilung dieser Entwicklung bei den besonderen Anstalten ist der ständige Vergleich mit allen Teilgebieten der Verwaltung erforderlich.

b) Die erwähnte Meinung scheidet mit Hilfe des funktionalen Kriteriums (sachlich-technische Natur der Aufgaben) sämtliche sog. Einfuhr- und Vorratsstellen ¹⁾ aus dem Anstaltsbegriff aus, da diese den entsprechenden Ministerien untergeordnet sind. ²⁾ Aus der "Unterordnung" und aus der "Art der Erledigung" (durch Experten wahrgenommene Aufgaben) aber kann man gegen die sachlich-technische Natur der wahrgenommenen Aufgaben nicht argumentieren; denn die Über-Unterordnung (hierarchischer Instanzenzug), welche die Einheitlichkeit in der Art der Erledigung der Aufgaben sichert, bleibt weiter bestehen, wenn der Übergeordnete die gleichen sachlich-technischen Kenntnisse besitzt wie der Untergeordnete. ³⁾ Hat der Übergeordnete nicht die gleichen Fachkenntnisse, so läßt er sich zur Ausübung seiner Kontrollbefugnisse von zugeordneten Sachkundigen und Ausschüssen beraten. ⁴⁾ Außerdem vermag das übergeordnete Organ auf Grund seiner Erfahrungen, seiner allgemeinen Kenntnisse ⁵⁾ die Handlung des Untergeordneten - die hierarchische Kontrolle bezieht sich eigentlich nicht auf das Zustandekommen, sondern auf das Ergebnis der Handlung - mehrfach zu kontrollieren. ⁶⁾ Eine totale Aufhebung der hierarchischen Kontrolle darf - bei der Verwaltungsorganisation und bei den Anstalten - nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen; denn es handelt sich um ein organisatorisches Prinzip;

1) So Jecht S. 72.

2) Z. B. GetreideG v. 4. 11. 1950 § 7 Abs. 3; Jecht a. a. O.; Rauch, Diss. S. 12.

3) Dem gibt auch Jecht zu; vgl. ferner P. Meyer S. 95 f, 100, 113 f, 238 f.

4) Solche Stellen werden oft bei Ministerien errichtet.

5) Das Niveau der Beamten und Angestellten steigt die letzten Jahrzehnte erheblich empor dank der speziellen Ausbildung, die sie erhalten müssen (Referendarezeit!) und dank ihrer Erfahrung im Dienst; vgl. Meyer S. 109 f.

6) Die Handlung des Untergeordneten interessiert regelmäßig den Übergeordneten nur in bestimmter Hinsicht. Die hierarchische Kontrolle muß sich also nicht auf die ganze dienstliche Tätigkeit des Untergeordneten ausdehnen; so Meyer S. 131 ff.

welches für die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben überhaupt von grundlegender Bedeutung ¹⁾ ist.

c) Schließlich ist das funktionale Kriterium allein (sachlich-technischer Natur) kaum stabil und deshalb gefährlich für eine Verwaltung, die sich im technischen Zeitalter immer weiter technisch entwickelt. Die Eigenschaft einer Aufgabe als eine solche sachlich-technischer Natur hängt notwendig von der Technisierung des ganzen Staatsapparates ab. Das heute als sachlich-technisch Geltende in der Verwaltung - es wird von Experten bewältigt - kann morgen angesichts der immer fortschreitenden Technisierung der Verwaltung diese Eigenschaft nicht mehr besitzen, d.h. jeder Beamte ist in der Lage, es auszuführen. Will man das "Sachlich-Technische" von dem Ausbildungsniveau des Beamten-tums her bestimmen, so wird wieder der relative Charakter des sachlich-technischen Kriteriums offensichtlich; denn die Schulung der Beamten, Angestellten usw. ist vom Stand der Technisierung der Verwaltungsaufgaben abhängig. ²⁾

d) Weitere verfassungsrechtliche Bedenken vgl. u. S. 42, 97/98, 118 f. u. a

§ 7

Die formellen Kriterien zur Bestimmung des Anstaltsbegriffs

Funktionale Kriterien erweisen sich also zur Bestimmung des Anstaltsbegriffs als unergiebig. Man kann sich aber mit der Mayer'schen Definition heute nicht mehr begnügen. ³⁾ Sie ermöglicht keine Abgrenzung der Anstalt von der Behörde, von der Körperschaft des öffentlichen Rechts ⁴⁾ und von den privatrechtlich betriebenen Unternehmungen der öffentlichen Hand. Sie ist auch zu weit gefaßt ⁶⁾ und man kann mit dem Mayer'schen Anstaltsbegriff, jedenfalls methodisch gesehen, kaum arbeiten. Ferner ist seit Mayer ein großer Zeitausschnitt vergangen. Die Anstalt ist inzwischen mit wichtigen Aufgaben ⁷⁾ betraut, und dieser Umstand macht notwendig die Bildung eines spezifischen Anstaltsbegriffs.

1) Dazu Meyer Kap. X, XII, XIII, XIV.

2) Meyer S. 106 ff; gegen die Thesen Jechts über das Wesen der Anstaltsverwaltung neuerdings auch F. Mayer JZ 1966/151.

3) Vgl. die Kritik Köttgens in op. cit. S. 112 ff.

4) Wolff II § 98 I a 3.

5) Wolff a. a. O.; Forsthoff S. 433, 437 ff.

6) Forsthoff S. 122 erhebt die Forderung, sich von der öffentlichen Anstalt als einen Allerweltsbegriff zu trennen; ferner vgl. die Kritik Imbodens, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung S. 14 zum gleichen Punkt; auch Köttgens a. a. O. 6/110.

7) Vgl. Heymann S. 115-121; s. u. §§ 55 c, 61, 62.

Zu diesem Versuch kann man jedoch von der Mayer'schen Definition ausgehen. Mayer bestimmt den Anstaltsbegriff organisationsrechtlich. ¹⁾ Der Anstalt kommt also eine organisatorische Selbständigkeit zu. Sie stellt eine ausgesonderte ²⁾, subjektivierte ³⁾ Organisation dar. Das ist der Sinn des eigenen "Bestandes von sachlichen wie persönlichen Mitteln". Die Frage: Wann und in welcher Hinsicht ist eine Organisation subjektiviert, beantwortet nur das Recht. Weder die "Natur der wahrgenommenen Aufgaben" noch andere "sachliche Gesichtspunkte" können für diese Frage ausschlaggebende Bedeutung haben. ⁴⁾ Vor allem kommen zur Beantwortung der oben gestellten Frage jene Rechtsnormen in Betracht, die das Verhältnis der Organisation zu den beaufsichtigenden Stellen (wir nennen diese Stellen: Anstaltsträger) regeln. Diese Rechtsnormen stellen die Organisation entweder unter Rechtsaufsicht oder unter die hierarchische Kontrolle des Anstaltsträgers. Im letzteren Fall kann man kaum von einer ausgesonderten oder subjektivierten Organisation sprechen; denn die Tätigkeit der Organisation unterliegt sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis der Zweckmäßigkeitskontrolle der beaufsichtigenden Stelle. Die Organisation nimmt nicht eigene, sondern fremde Aufgaben (nämlich die des Anstaltsträgers) wahr. Beaufsichtigendes Organ und Anstaltsträger treten hier als eine unverbrüchliche Verwaltungseinheit ⁵⁾ auf.

Unterliegt die Organisation - das ergibt sich aus der Auslegung der betreffenden Normen - einer Rechtsaufsicht, so entsteht für die Organisation ein selbständiger Raum. Die Organisation muß nicht immer rechtsfähig sein. ⁶⁾ Notwendig ist aber, daß für bestimmte Verwaltungsaufgaben ein selbständiger Träger gebildet worden ist. ⁷⁾ Die Selbständigkeit bezieht sich bei den meisten Organisationen - sie sind nunmehr "Anstalten" - auf das Innenverhältnis, nämlich auf das Verhältnis der Organisation zum Anstaltsträger. ⁸⁾ Demnach kann eine Orga-

1) Jecht S. 19; s. o. §§ 3, 4.

2) So Forsthoff S. 436.

3) So Wolff mehrfach in II § 98 I 5, 6; Fleiner, Institutionen (8. Aufl.) S. 322 spricht über einen Bestand von Mitteln, der zumindest technisch ein besonderes Dasein von der allgemeinen Verwaltungsorganisation führt.

4) Wolff a. a. O. spricht richtig von einer "rechtlich subjektivierten Organisation"; ähnlich Wolff, Rechtsformen S. 153.

5) W. Weber bezieht die "Verwaltungseinheit" in den Anstaltsbegriff ein, s. Körperschaften, Anstalten ... S. 90.

6) So Forsthoff S. 436.

7) Forsthoff a. a. O.

8) Eine Selbständigkeit im Außenverhältnis ist mit der Rechtsfähigkeit (vollständige oder begrenzte) der Organisation gleichzusetzen; vgl. hierzu Wolff II § 98 II 3.

nisation, damit sie von der Staatsorganisation und deren Behörde unterschieden wird. z.B. über ein Sondervermögen (Post, Bahn) verfügen oder einen eigenen Wirtschaftsplan gestalten und ihn mit eigenem Personal durchführen (regelmäßig bei Eigen- und Regiebetrieben). ¹⁾ Der Begriff: Rechtsaufsicht ist hier weit zu verstehen. Sie kontrolliert die Verwaltungstätigkeit der Anstalt, ob sie mit den Gesetzen oder der Anstaltsordnung in Einklang steht. Der selbständige Raum der Anstalt bleibt aber von der Ausübung der Rechtsaufsichtsbefugnisse (nur die Anwendung "nicht-eingreifender Aufsichtsmittel" ²⁾ ist erlaubt, worunter auch das Recht zum Erlass von Rahmenvorschriften inbegriffen ist) frei. Häufig wird auf enumerativ bestimmte Anstaltstätigkeiten eine Zweckmäßigkeitkontrolle (hierarchische Bindung) ausgeübt (sog. Auftragsangelegenheiten). Dieser Umstand ist mit dem anstaltlichen Charakter der Organisation durchaus vereinbar, solange das Übergewicht des selbständigen Raumes auf die Organisation dadurch nicht verschoben wird.

Das Abgrenzungskriterium der Anstalt gegenüber der Behörde besteht in der Anerkennung eines selbständigen Raumes ³⁾ bei einer Organisation. ⁴⁾ Dieses Kriterium aber hat mit der "Natur der wahrgenommenen Aufgaben" nichts zu tun. Es wird erst vom Recht her bestimmt. Man kann dieses Kriterium daher "formell-rechtliches Kriterium" nennen. Nach dem formell-rechtlichen Kriterium kann eine Behörde nicht zugleich eine Anstalt sein. ⁵⁾ Eine Anstalt aber kann - sie muß nicht - Behörden haben, z.B. Strafanstalt mit Direktor als Behörde, Versorgungsbetrieb mit Werkleiter.

Die organisatorische Einheit, die zur Anstalt erhoben wird, unterscheidet sich von der Körperschaft, von der Stiftung und von einer öffentlichen Sache. Sie steht der Verwaltung näher ⁶⁾ als die Körperschaft und die Stiftung, indem sie von einer Hoheitsperson oder mehreren Hoheitspersonen gemeinschaftlich (An-

1) Wolff § 98 II 3 a, b; Regiebetriebe sind z.B. Museen, Archive, Theater.

2) Dazu s. Wolff II § 77 II d.

3) Im Ergebnis stimmen wir also mit Jecht überein, wenn er die Anstalt als einen "ungebundenen Steuerungsraum" bestimmt; Jecht S. 64; ferner vgl. die dort w. a. Nachweise.

4) Zum Begriff der Organisation s. Wolff II § 71 I b, d.

5) Nach Wolff II § 98 II d und Rauch Diss. S. 12 besteht eine Identifizierung mit der Behörde, wenn man die Anstalt in einem weiteren Sinn (nicht im engeren und eigentlichen Sinn) faßt.

6) Es entspricht der geschichtlichen Entwicklung des Anstaltsbegriffs, daß die Anstalt im Gegensatz zu der Körperschaft der Verwaltung näher steht; dazu Jecht S. 22 ff, 29 m. w. Nachw. Für die Stiftung s. Wolff II § 98 I c 2; eigentlich nicht dagegen Jecht S. 32 m. w. Nachw.

staltsträger) getragen (anders bei den Körperschaften) im Rahmen einer weit verstandenen Rechtsaufsicht ¹⁾ jederzeit beeinflusst wird; bei den Stiftungen erschöpft sich nach verbreiteter Meinung die Möglichkeit ihrer Einflußnahme im Stiftungsgeschäft.

Der Begriff der Anstalt, auf dem diese Arbeit beruht, kann wie folgt bestimmt werden: die Anstalt ist eine von der öffentlichen Verwaltung getragene und beeinflusste Organisationsform, welche von einer Körperschaft, von einer Stiftung und von einer öffentlichen Sache eindeutig unterschieden wird. ²⁾ Dieser Organisation wird vom Recht ein selbständiger Raum ³⁾ eigener Gestaltung zugeschrieben, und sie dient unmittelbar einem oder mehreren bestimmten öffentlichen Zwecken. ⁴⁾ Nur ein Gebilde der eben bestimmten Art übt Anstaltsgewalt aus.

III. KAPITEL ANSTALTSGEWALT UND BENUTZUNGSVERHÄLTNIS

§ 8 Nutzbare Anstalten

Die Anst/g geht nur von den sog. nutzbaren Anstalten aus. Nutzbar sind jene Anstalten, die von Dritten, nämlich der Anstaltsorganisation nicht angehören-

-
- 1) Im Schulrecht ist der besondere Begriff der "Schulaufsicht" entwickelt worden. Aus geschichtlichen Gründen umfaßt dieser Begriff weitere Kontrollbefugnisse (Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle) als der hier verwendete Begriff der Rechtsaufsicht; s. dazu Wolff II § 101 VIII; Heckel, DÖV 1952/617; BVerwGE 6/101.
 - 2) Zu den Unterscheidungsmerkmalen s. Wolff II § 98 c; Jecht S. 26 ff, 29 ff; Forsthoff S. 425 ff, 445 ff. - Vgl. auch Wolff, Rechtsformen S. 154 f.
 - 3) Innerhalb des eigenen Raumes steht der Anstalt frei, die zu ihrem Aufgabenkreis passenden Organisationsprinzipien zu entwickeln.
 - 4) Der Gesetzgeber hat keine bestimmte Vorstellung von der "Anstalt". Er bezeichnet als "Anstalten" z.B. viele Vorrats- und Einfuhrstellen (für Getreide, Futtermittel, Zucker u. a.). Da diese Stellen den zuständigen Ministerien hierarchisch untergeordnet sind, können sie nach der hier vertretenen Ansicht keine Anstalten sein. Ähnliche Begriffsverwechslungen kommen auch bei Körperschaften vor, vgl. Wolff II § 98 c 1 mit Beispielen, die vom Gesetzgeber, als Anstalt bezeichnet werden. Diese Haltung des Gesetzgebers vermag die wissenschaftliche Klassifizierung nicht zu ändern. Sie drückt aber den Willen des Gesetzgebers aus, auf diese Gebilde (die wissenschaftliche keine Anstalten sind) die Regeln des Anstaltsrechts anzuwenden, d. h. sie als Anstalten zu behandeln.

de Personen ¹⁾ (Benutzer) benutzt werden können. Sie bilden die eigentlichen ²⁾ - dazu noch die meisten - Anstalten im Gegensatz zu den nicht-nutzbaren Anstalten, die zwar eigene Amtswalter haben, aber von Dritten nicht benutzt werden. Die Anst/g ist dazu bestimmt, das Verhältnis zwischen Anstalt und Benutzer zu regeln. Das ergibt sich deutlich aus Ausführungen Mayer's, wenn er die Anst/g zwischen die Dienstgewalt ³⁾ und die Anstaltspolizei ⁴⁾ stellt. Die nachfolgende Doktrin hat die Mayer'sche Ansicht vielfach bekräftigt. ⁵⁾ Das Benutzungsverhältnis wird in Rechtsnormen ⁶⁾ festgelegt, welche die Voraussetzungen und das Maß der Benutzung, den Gegenstand und das Maß der Anstaltsleistung sowie auch die Verpflichtungen und Berechtigungen des Benutzers gegenüber der Anstalt regeln. ⁷⁾ Diese Normen können nach der überkommenen Lehre auch in Dienstvorschriften enthalten sein, die sich ja an die Anstaltsfunktionäre (Beamte, Angestellte, Personal) wenden; sie bestimmen dann dem Inhalt nach die Anst/g ⁸⁾ und unterliegen damit den für die Anst/g geltenden Verfassungsbestimmungen.

Das Benutzungsverhältnis wird in der sog. Benutzungsordnung der Anstalt geregelt. Die Benutzungsordnung beschreibt den Anstaltszweck und bestimmt die Dienste und Vorteile - sie können wirtschaftlicher, geistiger, kultureller oder sonstiger Art sein -, welche nach dem Anstaltszweck den Benutzern gewährt werden. Die Dienste und Vorteile ⁹⁾ werden in der Form einer Leistung oder einer Benutzung gewährt. ¹⁰⁾ Eine Benutzung liegt vor, wenn Einrichtungen der Anstalt (Museen, Theater) zur Verfügung des (in der Benutzungsordnung) vorgeschriebenen Benutzerkreises gestellt werden. Eine Leistung wird gewährt, wenn Schenkun-

1) Wolff II § 98 II g 1. - Einige Autoren haben die "Benutzbarkeit" als unentbehrliches Merkmal des Anstaltsbegriffs angesehen; so v. Köhler, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts 1935 S. 318; E. Huber, Verfassungsrecht S. 408/409; Heymann S. 64.

2) Mayer Bd. II S. 269. Mayer verweist weiterhin auf Ulbrich, Öffentliche Rechte, S. 57, der den Anstaltsbegriff auf diese Anstalten beschränkt.

3) Sie erstreckt sich auf die Anstaltsfunktionäre (Amtswalter der Anstalt); s. Mayer op. cit. S. 284, 287 und Bd. I S. 214 Anm. 3; Wolff I § 25 VIII 2, § 99 II a.

4) s. dazu nächsten §.

5) Immerhin hat sie das Benutzungsverhältnis bald enger, bald weiter gefaßt; vgl. z. B. Wolff § 99 II.

6) So heute die herrschende Lehre; Wolff I § 25 VIII a; Bachof, Laforet S. 298 ff.

7) Vgl. Wolff II § 99 I.

8) Vgl. Mayer op. cit. Bd. II S. 286, 288.

9) Durch Gewährung von Diensten und Vorteilen erfüllt die Anstalt ihren öffentlichen Zweck; so Mayer Bd. II S. 269.

10) Vgl. Heymann S. 50 ff, 64 ff, 69 ff.

gen und andere Vergünstigungen (Versicherungs-, bestimmte Versorgungsanstalten) dem Kreis der Benutzer erteilt werden. Sowohl bei der Benutzung als auch bei der Leistung erlangt der Benutzer in der Regel unmittelbar (also ohne Zwischenschaltung Dritter) und individuell ¹⁾ (es wird ihm persönlich etwas gewährt) die ihm zugeschriebenen Vorteile und Dienste. Wie in der gegenwärtigen Literatur wird auch hier im folgenden die Bestimmung "Benutzung" im weiteren Sinn gefaßt, nämlich es wird auch die "Leistung" mit einbezogen.

Nach dem bisher Dargelegten müssen zwei "Anstaltsgruppen" aus der nachfolgenden Untersuchung ausgeklammert werden: zunächst Anstalten mit überwiegendem Ordnungs- und Sicherheitscharakter. Es handelt sich um Anstalten, welche keine Vorteile und Dienste in der oben erwähnten Form hervorbringen; denn ihr Zweck besteht hauptsächlich in der Förderung der Staatssicherheit (selbständige Rechtseinheiten der Polizei und des Militärs) und der Staatsordnung (unabhängige Stellen bei Ministerien, die die Aufrechterhaltung einer Ordnung, z. B. in der Wirtschaft, bezwecken) ²⁾.

Auch die Gruppe der Forschungs-Versuchsanstalten sowie auch jede selbständige Verwaltungseinheit, die (wie die Forschungs- und Versuchsanstalten) nur eigene Funktionäre und keine Benutzer (Dritte, Außenstehende) haben, muß man ausklammern. Die Einrichtungen dieser Anstalten werden von den Funktionären (Forscher usw.) "benutzt", welche aber in einem Dienstverhältnis zu der Anstalt - sie bilden nämlich ihr persönliches Substrat - stehen. Es geht hier nicht um "Benutzung", wie sie hier gemeint ist. Die Funktionäre dieser Anstaltsgruppen (Forscher und andere) "benutzen" ebenso wenig die Anstaltseinrichtungen wie die Lehrer die Schuleinrichtungen oder der Arzt das Krankenhaus ³⁾. Die Untersuchungsergebnisse der Anstalten der behandelten Gruppe werden manchmal für staatliche Dienste verwendet. Die staatlichen Dienste sind aber keine

1) s. EwVRO f. Bad.-Württ., Begründung S. 419; Mayer a. a. O. ("jedem für sich" gewährt die Anstalt Vorteile und Dienste).

2) Mayer II S. 269 rechnet zu den Anstalten das Heer und den Staat, soweit er ordnende Aufgaben ausübt. Die Ausschaltung dieser Gebilde aus dem Anstaltsbegriff (wie er hier gefaßt wird) überhaupt ergibt sich aus dem auf S. 17 f. Dargelegten. Das Heer und der Staat haben aber nach Mayer keine Anst/g, denn die Anst/g wird von Mayer nur in Zusammenhang mit den nutzbaren Anstalten erwähnt; s. Mayer Bd. II S. 286. Die besonderen polizeilichen Verhältnisse (z. B. Überwachung) bilden nach Mayer kein Anstaltsverhältnis. Heymann S. 72 klammert das Heer, den Staat sowie auch jede Einheit, die Sicherungsaufgaben durchführt (dazu wird auch das Gefängnis gezählt), aus dem Anstaltsbegriff aus; vgl. auch Bettermann VVDStL 21/245 in Bezug auf den Standpunkt W. Webers op. cit. S. 176 ff.

3) Rauch, Diss. S. 15.

"Benutzer", keine Einzelnen. Sie gehören keinem besonderen Kreis, der außerhalb des Staates ist, an, sondern sind der hoheitliche Staat ¹⁾ selbst.

§ 9

Öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis

Die Anst/g ist eine besondere Form der öffentlichen Staatsgewalt. Sie vermag einseitig und mit Zwang die Nutzung der Anstalt zu regeln. Demnach kommen hier nur Anstalten - das bildet eine weitere Einschränkung der folgenden Untersuchung - mit öffentlich-rechtlicher Gestaltung des Benutzungsverhältnisses in Betracht. ²⁾ Die weitere Frage, ob sie rechtsfähig sind, spielt hier keine Rolle. Anstalten mit privatrechtlicher Gestaltung des Benutzungsverhältnisses ³⁾ (wie häufig bei Sparkassen und Anstalten des Versorgungswesens) werden also ausgeklammert. ⁴⁾ Hier wird das Benutzungsverhältnis aufgrund des Vertragsrechts geregelt.

IV. KAPITEL

WEITERE ABGRENZUNG DER ANSTALTSGEWALT

§ 10

Abgrenzung der Anstaltsgewalt gegenüber dem Begriff der Anstaltspolizei

In Zusammenhang mit dem Betrieb einer Anstalt wird nicht nur Anst/g ausgeübt. Da die Anstalt des öffentlichen Rechts ein Stück der öffentlichen Verwaltung bildet ⁵⁾, wird sie Gegenstand eines erweiterten Schutzes, welcher über die Schutzfunktion der Anst/g hinausgeht. Mit dem Gesagten ist das sog. Hausrecht ⁶⁾

- 1) Von diesem Verhältnis ist das Verhältnis zwischen einer Versicherungsanstalt und den versicherten Angestellten des öffentlichen Dienstes grundsätzlich verschieden.
- 2) Wolff Bd. II § 98 II i 2 nennt sie "hoheitliche Anstalten". Nach Forsthoff ist das Benutzungsverhältnis auch dann Sache der Anst/g, wenn die Nutzung in den Formen des Privatrechts gewährt wird; S. 443. - Köttgen VVDStL 6/125 sieht das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis als Bestandteil des Anstaltsbegriffs an.
- 3) Nach Wolff II § 98 II i 1 "fiskalische Anstalten".
- 4) Große Schwierigkeiten entstehen bei der Unterscheidung des öffentlich-rechtlichen von dem privatrechtlichen Benutzungsverhältnis; die verschiedenen Standpunkte s. bei Forsthoff S. 360, 437 ff. Die Vermutung spricht immerhin für ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis, Forsthoff S. 444. S. auch Wolff, Rechtsformen S. 169 f.
- 5) Mayer II S. 272; der gleiche Ausdruck auch bei Forsthoff S. 442.
- 6) Nach Mayer II S. 286 ist die Anst/g "eine Art Hausrecht, das ihr (der Anstalt) zusteht".

der Anstalt (auch Hausgewalt genannt) und die sog. Anstaltspolizei verbunden.

Mit dem Begriff der Anstaltspolizei verbindet sich die Vorstellung eines erweiterten Schutzes der Anstalt, welchen die Anst/g nicht gewähren kann. Die Anstaltspolizei wird also dort wirksam, wo keine Anst/g - die Anst/g umfaßt das Benutzungsverhältnis im Ganzen - ausgeübt wird. Im Anschluß an diese Feststellung versteht die herrschende Meinung ¹⁾ unter "Anstaltspolizei" eine öffentliche Gewalt, welche (nicht von Anstaltsorganen) zugunsten der Anstalt ausgeübt wird. Sie richtet sich nicht gegen den Benutzer - denn die umfangreichen Befugnisse der Anst/g reichen zu einem diesbezüglichen Schutz aus -, sondern gegen Dritte (Nicht-Benutzer), die den Anstaltsbetrieb stören. Die Anst/g könnte sich an Dritten nur aufgrund spezieller gesetzlicher Ermächtigungen wenden; denn sie überschreitet damit ihre sachlichen Grenzen. ²⁾ Da eine spezielle gesetzliche Ermächtigung nur ausnahmsweise vorliegt, kommt der Anstalt auch die Anstaltspolizei zu Hilfe. Der Anstaltspolizei kommen Abwehrbefugnisse zum Schutz der Anstalt zu ³⁾, und sie wird tätig, wenn die "gute Ordnung" und "sichere Funktion" der Anstalt bedroht wird. ⁴⁾ Die anstaltspolizeilichen Befugnisse sind also beschränkter als die Befugnisse der Anst/g. Damit verliert die Anstaltspolizei ihren Wert im Anstaltsbenutzungsverhältnis. ⁵⁾ Stören Dritte die Anstalt, so ist diese nur berechtigt - wie jeder Private, falls die Voraussetzungen des polizeilichen Einschreitens gegeben sind -, die Polizeigewalt (sie tritt hier als Anstaltspolizei auf) zur Hilfe zu rufen. Das Ergebnis ist folgendes: Da

- 1) Vgl. Mayer II S. 284 m. w. N.; Fleiner, Institutionen S. 331; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung ... S. 278; Forsthoff S. 442 setzt sich für eine Abschaffung des Begriffs der Anstaltspolizei ein. Der Begriff der Anstaltspolizei wird, vor allem von Kormann in WBStVR III 2. Aufl. S. 2, Kormann-List, Grundriß ... S. 69 ff behandelt.
- 2) So argumentiert die traditionelle Lehre; vgl. aber u. § 32.
- 3) Nach Mayer I S. 209, 214 Anm. 3 schützt sich die öffentliche Verwaltung durch das Einschalten der Anstaltspolizei; es geht um die Ausübung von polizeilichen Befugnissen zu Gunsten der Anstalt.
- 4) Also aus den Grundsätzen des Handelns für die allgemeine Polizei leitet die Anstaltspolizei die Befugnis zum Einschalten ab; die Anstaltspolizei wird von den gleichen Grundsätzen weiterhin beschränkt und bestimmt.
- 5) Forsthoff S. 442. Für Mayer ist die Anstaltspolizei eine der Anstalt fremde Macht. Sie hat ihren Sitz im Polizeirecht, nicht im Anstaltsrecht. Der Begriff der 'Anstaltspolizei' war bereits im öffentlichen Recht bekannt, bevor Mayer den Begriff der Anst/g geformt hatte. Zu der Abgrenzung der Anstaltspolizei gegenüber der Anst/g spricht Mayer von einer "von außen her" in die Anstalt "hineingreifenden Gewalt"; s. Mayer II S. 285, 1. Aufl. II S. 334. Außerdem behandelt Mayer den Begriff der Anstaltspolizei isoliert, vgl. I S. 214 Anm. 3, 1. Aufl. I S. 263.

der Begriff der Anstaltspolizei keinen Einfluß auf das Benutzungsverhältnis ausübt, interessiert sie uns hier nicht.

§ 11

Abgrenzung der Anst/g gegenüber dem Begriff des Hausrechts

Mit dem Begriff des Hausrechts oder der Hausgewalt meint man Abwehrmaßnahmen der Anstalt, die im Anstaltsraum stattfinden und auf Sicherung eines ordnungsgemäßen Anstaltsbetriebes gerichtet sind. Die Geltung aber dieser Hausgewalt wird innerhalb des Anstaltsbenutzungsverhältnisses hinfällig; denn hierauf erstrecken sich die umfangreichen Befugnisse der Anst/g, welche jede Entwicklung beim Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern umfassen können. Eine Hausgewalt der Anstalt beginnt also dort, wo die Anst/g aufhört.¹⁾ Da über die Benutzer nur die Anst/g bestimmt, richtet sich eine Hausgewalt notwendig auf Nicht-Benutzer, die zugleich im Anstaltsraum sind (Landstreicher im Anstaltsgebäude). Die Erteilung einer Zulassung zur Benutzung unterscheidet den Nicht-Benutzer vom Benutzer. Die Zulassung - sie kann formgebunden oder formfrei sein - bezeugt die Aufnahme einer Person als Benutzer und ist immer ein Verwaltungsakt.²⁾

Die Hausgewalt der Anstalt fließt aus dem Recht des unmittelbaren Besitzers³⁾ aus; es besteht in der Abwehr von Ordnungsstörungen auf den Gegenstand des Besitzes. Die Ordnungsgewalt beschränkt sich also nur auf das Anstaltsgebäude und überhaupt auf den Raum, welcher zur Benutzung (Museum, Theater, Bibliothek usw., soweit es um Nicht-Benutzer, z.B. um Arbeiter geht) oder für die Vorbereitung der Leistung (Installationen eines Versorgungsbetriebes) bestimmt ist. Außerdem unterliegt die Hausgewalt bestimmten öffentlich-rechtlichen Bindungen⁴⁾, die sich aus dem besonderen Zweck des Anstaltsraumes ergeben.

Die Gebundenheit an den Anstaltsraum unterscheidet die Hausgewalt von der Anstaltspolizei; denn die Anstaltspolizei richtet sich gegen Dritte, Störer, die außerhalb des Anstaltsraumes sind. Andererseits haben die von beiden Gewalten betroffenen Personen keine Verbindung - das Gegenteil geschieht bei den Personen, die der Anst/g unterliegen - zum Anstaltszweck.

1) Vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht S.145.

2) Wolff II § 99 III a f.

3) op. cit. II d.

4) Dazu vgl. BGH Urt. v. 26.10.1960 (DVBl 1961/46) und Urt. v. 4.11.1949 des Bezirksverwaltungsgerichts von Berlin (DVBl 1950/246).

2. ABSCHNITT

BESONDERES GEWALTVERHÄLTNISS UND ANSTALTSBENUTZUNGSVERHÄLTNISS

I. KAPITEL

DAS BESONDERE GEWALTVERHÄLTNISS NACH DER ÜBERKOMMENEN DOKTRIN

§ 12

Besonderes Gewaltverhältnis und allgemeines Gewaltverhältnis

Das Anstaltsbenutzungsverhältnis bildet eine Sonderform des b.G/s.¹⁾ Die Rechtsfigur des b.G/s ist eine Schöpfung der Rechtswissenschaft und sie geht auf O. Mayer zurück.²⁾ Der Begriff des b.G/s hat sich alsbald allgemein durchgesetzt.³⁾ Eigentlich hat Mayer den Begriff von Laband übernommen, der diesen Begriff, wie Mayer sagt⁴⁾, zuerst erfolgreich verwertet hat. Mit dem "b.G/s" kennzeichnete Laband⁵⁾ das Beamten- und Soldatenverhältnis. O. Mayer hat aber das Institut des b.G/s erweitert (er hat nämlich noch das Anstaltsbenutzungsverhältnis⁶⁾, die Steueraufsicht⁷⁾ und das Aufsichtsrecht über die betrieblichen Unternehmungen⁸⁾ einbegriffen) und darunter jene "verschärfte Abhängigkeit" verstanden, "welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten."⁹⁾ Allen Personen, die in einem b.G/s stehen, ist gemeinsam, daß sie sich in einer besonders engen Beziehung zum Staat befinden. Damit der (bestimmte) Zweck der engeren Beziehung erfüllt wird, muß man sich - so die traditionelle Lehre - der staatlichen Gewalt auch stärker unterwerfen, als dies sonst der Fall ist. Zur Unterscheidung dieses stärkeren Unterordnungsverhältnisses vom allgemeinen Unterordnungsverhältnis¹⁰⁾ prägte die

1) So die einhellige Meinung in der Lehre (Mayer Bd. I S. 101, Bd. II S. 285; W. Jellinek S. 122; Forsthoff S. 117, 118; Wolff II § 99 IV; Krüger VVDStL 15/109 ff) und der Rechtsprechung (OVG Bad.-Württ. Urt. v. 26.2.62).

2) Mayer 3. Aufl. I S. 101, 102 nennt als Vorläufer seiner Lehre über das besondere Gewaltverhältnis Schmitthenner, Gerber, Rosin und Laband.

3) Forsthoff S. 115 Anm. 1.

4) Mayer Bd. I S. 102 Anm. 21.

5) Laband, Staatsrecht 5. Aufl. Bd. I S. 433.

6) Mayer Bd. II S. 285.

7) Mayer Bd. I S. 354 ff.

8) Mayer Bd. II S. 243 ff.

9) Mayer I S. 104.

10) Zu diesem Begriff s. unmittelbar unten, Krüger, Staatslehre S. 942.

traditionelle Lehre den Begriff des b. G/s (zur Bestimmung des stärkeren Unterordnungsverhältnisses) und den Begriff des allgemeinen Gewaltverhältnisses (zur Bestimmung der allgemeinen Gehorsamspflicht). ¹⁾ Der Begriff des sog. allgemeinen Gewaltverhältnisses bezeichnet die Stellung, in der der Einzelne (Inländer oder Ausländer) innerhalb des deutschen Hoheitsgebietes gegenüber dem Staat steht. ²⁾ Das allgemeine Gewaltverhältnis aktualisiert sich in Ordnungs-, Polizei- sowie auch Treuepflichten (das letztere bezieht sich nur auf Inländer). ³⁾

§ 13

Umfang und eigentliche Rechtfertigung des b. G/s

Der Sache nach war aber der Bereich des b. G/s bekannt. ⁴⁾ Er wurde durch die Grenzen zwischen Recht und Nicht-Recht festgelegt. Der Bereich des Rechtes beschränkte sich auf die Beziehungen zwischen dem Bürger und seinen Mitbürgern sowie auch zwischen Staat und Untertan. ⁵⁾ Das sog. b. G/s, die Organisationsvorschriften und das Haushaltsrecht gehörten dagegen dem Bereich des Nicht-Rechts an. Diese Unterscheidung des Rechts vom Nicht-Recht entsprach einer speziellen politischen Situation, welche für lange Zeit die allgemeine Rechts- und Staatslehre bestimmte. ⁶⁾ Die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft ⁷⁾ kennzeichnete die erwähnte politische Situation. Die Gesellschaft wurde als eine eigentliche und vom Staat prinzipiell zu scheidende Sphäre betrachtet ⁸⁾, die einem dauernden Spannungsverhältnis dem Staat gegenüberstand. Das Recht schirmte die Gesellschaft gegenüber dem Staat ab; denn der Staat mußte sich

1) Köhl, Das besondere Gewaltverhältnis S. 31.

2) Laband, Staatsrecht Bd. I S. 433 ff; Krüger a. a. O.

3) Wolff I § 32 IV c a.

4) Jesch S. 16 Anm. 39.

5) Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württ. 1. Aufl. Bd. I S. 182.

6) Vgl. Anschütz, Kommentar zu Art. "Gesetz" in WBStVwR II S. 212. Hier führt er aus, daß das Gesetz im materiellen Sinn (dazu s. im Text unmittelbar unten) ein Begriff der allgemeinen Rechtslehre ist. Dieser Begriff - so schreibt er weiter - ist erhaben über den Wandel der Staatsformen und Staatsverfassungen.

7) Die Gesellschaft wird hier nicht in dem ausgedehnten Sinne der späteren Soziologie verstanden, sondern in einem engeren Sinn, der sich auf den geschichtlichen Zustand der Mitte des 19. Jh. bezieht; dazu L. v. Stein, in der Einleitung der "Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich"; Mohl a. a. O.; ForsthoFF S. 43.

8) ForsthoFF S. 42.

beim Eindringen in den Bereich der Gesellschaft dem Recht beugen. ¹⁾

Zum Eindringen in die Gesellschaft mußte eine wichtige Voraussetzung - so schrieb das Recht vor - erfüllt werden. Sie bestand in der dazu gegebenen Einwilligung der Gesellschaft bzw. der Volksrepräsentanten. Aus dieser Voraussetzung hat die traditionelle Lehre ²⁾ den materiellen Gesetzesbegriff entwickelt. Laband greift zur Untersuchung des materiellen Gesetzesbegriffes auf das Wesen des Rechtssatzes zurück ³⁾, und er führt aus, daß das Recht "in der Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegeneinander besteht". ⁴⁾ Der verwaltende Staat tritt als einzelnes Subjekt nur dort auf, "wo seine Willenssphäre mit irgend einer anderen vom Recht anerkannten in Kontakt kommt, wo ein wechselseitiger Eingriff eine Kollision, eine Ausgleichung möglich ist." ⁵⁾ Das ist die Funktion des Rechts und des darauf sich stützenden "materiellen Gesetzes", nämlich die Bestimmung der Schranken und Grenzen der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen. ⁶⁾ Von der Identifizierung des materiellen Gesetzes mit dem Rechtssatz geht ferner G. Jellineck aus. Den Inhalt des Rechtssatzes bestimmt er aus dem Zweck des Rechts. Weil das Recht - das ist sein Zweck - soziale Schranken ⁷⁾ zieht (die Sphäre der freien Persönlichkeiten gegeneinander abgrenzt), enthält keinen Rechtssatz jene Anordnung, die irgend einen anderen Zweck hat. Sie bildet kein materielles Gesetz. ⁸⁾ Das Ergebnis steht jetzt fest: Die politische Auffassung jener Zeit - damit meinen wir hauptsächlich die Zeit der konstitutionellen Monarchie - bestimmte den Begriff des materiellen Gesetzes.

1) Das Recht, wie es oben gesagt wurde, regelte die Beziehungen der Bürger zum Staat und der Bürger untereinander, s. Jesch S.20. Das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft wird in der traditionellen Lehre durch Ausdrücke veranschaulicht wie: die Gesellschaft erobert sich den Staat und dirigiert ihn (Böckenförde, Gesetz, gesetzgebende Gewalt ... S.131) oder die "staatsbürgerliche Gesellschaftsordnung (gelangt) in Verfassung und Verwaltung zur Herrschaft" (L. v. Stein, Verwaltungslehre Teil I 2. Aufl. S.90); vgl. auch nächste Anm.

2) Böckenförde a. a. O.: "Inhalt und Umfang des Gesetzesbegriffes bezeichnen das Maß, in dem die Gesellschaft sich den Staat erobert hatte und ihn dirigieren" konnte. L. v. Stein a. a. O.: "die ... Definition des Gesetzes (bedeutet) den Zeitpunkt, in welchem die staatsbürgerliche Gesellschaftsordnung in Verfassung und Verwaltung zur Herrschaft gelang".

3) Laband, Staatsrecht II S.181.

4) Laband a. a. O.

5) Laband a. a. O.

6) Laband op.cit. S.73.

7) G. Jellineck, Gesetz und Verordnung S.240 ff.

8) G. Jellineck a. a. O.

Funktion des besonderen Gewaltverhältnisses nach der traditionellen Lehre

Der Staat war im "Staatsinneren" von den Schranken des Rechts frei. Den Umfang des Staatsinneren bestimmten vor allem das sog. b.G/s, dessen Grenzen Mayer ¹⁾ am weitesten gezogen hat. Hier handelte der Staat - in der konstitutionellen Monarchie verkörperte den Staat der Monarch bzw. die ihm untergeordneten Organe der Verwaltung - ohne das Kriterium des Rechts. ²⁾ Einzelakte und generelle Vorschriften der Verwaltung (beide wurden als Nicht-Rechtsakte qualifiziert) bedurften keiner gesetzlichen Grundlage, denn sie stifteten kein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und den Untertanen. ³⁾ Da es sich um eine interne Angelegenheit des Staates handelte, fanden Grundrechte gewährende Vorschriften und der Vorbehalt des Gesetzes keine Anwendung, es wurde auch kein Gerichtsschutz gewährt. Die Verwaltung ist infolgedessen innerhalb des b.G/s von jedem rechtsstaatlichen Erfordernis freigestellt. ⁴⁾ Dieses Ergebnis ist auf das Anstaltsbenutzungsverhältnis zu übertragen, denn das b.G/s diene als weitere Grundlage ⁵⁾ des Anstaltsbenutzungsverhältnisses.

§ 15

Besonderes Gewaltverhältnis und Verfassungsstruktur der konstitutionellen Monarchie

Die Konstruktion eines sog. b.G/s und seine Einordnung im Innenraum des Staates stellt ein wesentliches und charakteristisches Element der deutschen konstitutionellen Monarchie des vorigen Jahrhunderts dar. In der konstitutionellen Monarchie ist der Monarch Träger der Staatsgewalt ⁶⁾ und "allein (ihm) steht die vollziehende Gewalt zu". ⁷⁾ Dem Monarch - als alleinigem Herrn der Exekutive -

1) s. unten II. Kapitel.

2) Jesch S. 206.

3) Mayer Bd. I S. 101, 102.

4) O. Mayer bemerkt, daß die Anweisung im b.G/s wie der obrigkeitliche Akt im Polizeistaat wirkt; die Macht des Monarchen (Exekutive) hat hier keine Grenzen; was er will, ist verbindlich, nur seine Verantwortlichkeit vor Gott und seinem Gewissen, die die vernünftige Erwägung des Zweckmäßigen oder die Macht des Hergebrachten sind seine einzigen Schranken; s. Mayer I S. 39, 100

5) Mayer I S. 102, II S. 285; deutlicher 1. Aufl. II S. 335; wie Mayer so auch VGH BaWü Urt. v. 5.5.1961.

6) Vgl. die Formulierung am Beginn des "ständischen Verfassungsentwurfes" (1816) sowie die in den Jahren 1881/19 erlassenen Verfassungen Bayerns (Tit. II § 1), Baden (§ 5), Württemberg (§ 4).

7) Preußische Verfassung v. 1850 Art. 45.

bleibt immer ein freier Raum der Tätigkeit vorbehalten, der nur insoweit beschränkt ist, als es die Verfassung und das Gesetz mit sich bringen.¹⁾ Die Gesellschaft (durch die Volksrepräsentanten im Parlament vertreten) beschränkte (durch das Gesetz) die monarchische Exekutive nur zum Teil. Im übrigen herrschte das "Nicht-Recht" des Absolutismus, und es verblieb das unbeschränkte Recht²⁾ des Monarchen (Kompetenzpräsumption). Die Kompetenzpräsumption ist mit der Stellung des Monarchen in der konstitutionellen Monarchie am engsten verbunden. Diese Kompetenzpräsumption bedeutet: dem Monarch kommen alle Befugnisse zu, welche keinem anderen Organ zugewiesen sind.³⁾ Die anderen Staatsorgane sind dagegen nur auf die ihnen ausdrücklich zugewiesenen Zuständigkeiten beschränkt; daraus folgt in erster Linie, daß bei Lücken oder Interpretationszweifeln in der Verfassung die Kompetenz des Monarchen bzw. der monarchischen Exekutive eintritt. So ist es, wenn der Bürger sich von der "Gesellschaft" - soweit sie die Verfassung schützt - löst und in die "verschärfte Abhängigkeit" eines b.G/s (als Anstaltsbenutzer, Beamter und dgl.) gibt.

§ 16

Das besondere Gewaltverhältnis als Residuum des obrigkeitlichen Staates

Der verbreiteten Anerkennung des b.G/s in seiner überlieferten Ausgestaltung liegt nach einer Meinung⁴⁾ ein praktisches Bedürfnis zugrunde. Die Einführung des Gesetzesvorbehaltes in allen b.G/s, insb. bei den Anstalten, würde den Erlaß zu vieler Gesetze erfordern und dadurch die Verwaltung an Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit verlieren. Ferner soll die ursprüngliche Betrachtung der b.G/s als privatrechtliche Institute⁵⁾ in der Form eines Vertragsverhältnisses zwischen Staat und Bürger - zu der Zulassung von Eingriffen in die Freiheit und das Eigentum ohne Gesetzesvorbehalt geführt haben. Schließlich habe zur Herausnahme des b.G/s aus dem Eingriffsvorbehalt und zur Leugnung seines Rechtscharakters der Umstand beigetragen, daß der Bereich der Rechtssetzung mit dem des Vorbehalts des Gesetzes, welcher ein politisches Postulat des Bürgertums war, identifiziert wurde.⁶⁾ Das Postulat des nach Freiheit strebenden Bürgertums bezog sich kaum auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum, die im Rahmen eines Dienst- oder Anstaltsbenutzungsverhältnisses vorgenommen wurden, denn ihm

1) Thoma, in Festschrift f. Mayer S. 215.

2) Vgl. Meyer-Anschütz S. 268, 334; Mohl, Staatsrecht Bd. I § 98; Smend, Die preußische Verfassungsurkunde in Vergleich mit der belgischen S. 1.

3) G. Jellineck, System S. 141; Meyer-Anschütz S. 273.

4) s. Krüger, Smend-Festschr. S. 219; vgl. auch VVDStRL 15/116.

5) Vgl. Bachof-Laforet S. 302/303; Köhl S. 74.

6) Vgl. Meyer-Anschütz Aufl. 7 S. 640; Rupp S. 26; Köhl S. 16 ff.

ginge es wenig um Anteilnahme an organisatorischen Belangen des Staates. Für das Bürgertum war nur wichtig, daß seine Autonomie - nach dem damaligen Ideal sollte die Gesellschaft sich aus eigenem Antrieb entwickeln - durch den Staat nicht gestört wird. Die Forderung des Bürgertums wurde also erfüllt, sobald dieses erreicht hatte, daß der Monarch ohne Einwilligung der Volksrepräsentanten in Freiheit und Eigentum des Volkes nicht eingreifen durfte. ¹⁾ Außerdem erteilten die Beamten und freiwilligen Anstaltsbenutzer bei der Inanspruchnahme der staatlichen Leistung (z.B. Lohn, Anstaltsleistung) persönlich ihre Zustimmung - so nach der Unterwerfungstheorie der überkommenen Lehre - zur Vornahme von Eingriffen; deshalb wäre ein Gesetz der Volksvertretung in diesem Fall nicht mehr notwendig; andererseits sollte die Inanspruchnahme der staatlichen Leistung eine Durchsetzung der Forderungen des Bürgertums gegenüber dem Monarchen wesentlich erschweren.

II. KAPITEL

KRITISCHE BEMERKUNGEN ZUM BEGRIFF DES BESONDEREN GEWALTVERHÄLTNISS

§ 17

Besonderes Gewaltverhältnis und Anstaltsbegriff

Das b.G/s, wie es Mayer geprägt hat, gilt im Grunde bis heute. In der Lehre sind aber bereits kritische Stimmen erhoben worden, die den Begriff des b.G/s entweder beschränken oder ablehnen. ²⁾

Der erste kritische Punkt bezieht sich auf das Verhältnis des b.G/s (im Mayer'schen Sinn) zu dem Begriff der Anstalt. O. Mayer hat den Begriff der Anstalt des öffentlichen Rechts weit gefaßt ³⁾: Darunter versteht er "einen Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind". ⁴⁾ Schwierigkeiten tauchen bei der Abgrenzung zwischen dem b.G/s und dem Anstaltsbegriff auf. Wendet man folgerichtig den Mayer'schen Anstaltsbegriff an, so löst sich das b.G/s in eine Fülle von Anstalten auf; denn als Anstalten hat man nicht nur die Schulen, Armenhäuser, Versorgungsbetriebe ⁵⁾ anzusehen, sondern auch die Steuern- und Zollbehörden, die Überwachungsstellen

1) s. Anschütz, in "Gesetz" S.214 mit Angabe verf/chen Bestimmungen.

2) Vgl. u. §§ 24, 25. - Neuerdings gegen das b.G/s Spanner, DÖV 1963/29.

3) Vgl. Forsthoff S.433, 434.

4) Mayer II S.268.

5) So Mayer ausdrücklich a. a. O. Außerdem betrachtet er den Staat und das Heer als Anstalten. Nach derzeitiger herrschender Meinung bildet das Heer ein b.G/s

und jeden Dienst oder jede (dem besonderen Zweck nach abgesonderte) Dienst-
 abteilung, obwohl Mayer in den letzteren ¹⁾ Rechtsgebilden nur spezielle Er-
 scheinungen des Begriffs des b. G/s gesehen hat. In der Tat stehen also die An-
 stalten nicht hinter dem b. G/s (sie bilden keine besondere Kategorie des Be-
 griffs des b. G/s), sondern sie sollen - dies kommt deutlich bei den Anstalten vor,
 die nach Mayer's Ausdruck unmittelbar das Gemeinwohl fördern - ²⁾ gerade das
 b. G/s darstellen. Denn jedes von den Instituten des b. G/s, die in Mayer's Aus-
 führungen als besondere Erscheinungen des b. G/s angesehen werden, sind nicht
 weniger und nicht mehr als besondere Zweckeinrichtungen öffentlicher Verwal-
 tung, aus persönlichen und sachlichen Mitteln bestehend, zur Gewährleistung
 der Sicherheit und Ordnung im weiteren Sinn. Das b. G/s soll infolgedessen zu
 keinem selbständigen Begriff gegenüber der Anstalt erwachsen können, denn
 beide Begriffe umfassen im Ergebnis die gleichen Rechtsgebilde öffentlicher
 Verwaltung, und die aus dem b. G/s entstehende Gewalt unterscheidet sich
 strukturell nicht von der Gewalt, die aus einer Anstalt entspringt. Im b. G/s
 wie im Anstaltsverhältnis wird die "spezifische Eigenschaft der öffentlichen Ver-
 waltung wirksam", die ohne rechtliche Bindungen "in dem erforderlichen Maße
 rechtlich bestimmend und überwiegend werden läßt". Im Raum des Nicht-Rechts
 (zu dem b. G/s und Anstalten gehören) ist eine Klassifizierung, die auf sachlichen
 Unterschieden beruht, weder notwendig noch rechtlich gerechtfertigt.

Im Ergebnis steht jetzt fest: Da der Anstaltsbegriff das b. G/s dem Umfang ³⁾
 und der Substanz nach bestimmen kann ⁴⁾, muß die Bildung des Begriffs des
 b. G/s als künstlich betrachtet werden. Der Begriff des b. G/s - wir gehen hier
 immer von den Mayer'schen Ausführungen aus - besitzt keine ihm eigenen und
 ihn charakterisierenden Merkmale. Deshalb kann er als überflüssig angesehen
 werden.

§ 18

Zu weite Formulierung des b. G/s

Die überkommene Doktrin hat den von Mayer weit gefaßten Begriff des
 b. G/s übernommen. ⁵⁾ Die unübersichtliche Formulierung des Begriffs erschwert

1) Diese Anstaltsgattung unterscheidet Mayer II S. 269 von anderen Anstalten,
 die den vielen Einzelnen, jedem für sich, Vorteile gewähren.

2) Mayer II S. 286.

3) Vgl. Jesch S. 20.

4) Beide Begriffe identifizieren sich bei der Einbeziehung des Moments "des be-
 sonderen Zweckes"; s. Mayer I S. 101, II S. 268.

5) Die Theorie hat häufig auf die Undeutlichkeit der Ausdrücke; verschärfte Ab-
 hängigkeit, besonderer öffentlicher Zweck, besonderer Zusammenhang, hin-
 gewiesen; dazu s. §§ 18, 19, 20.

die Abgrenzung gegenüber verwandten Begriffen ¹⁾, macht den Begriff wenig stabil und behindert seine Durchsetzung auf lange Zeit. Wegen ihres inhaltlichen Mangels sind die allgemeinsten Begriffe ²⁾ wenig brauchbar, denn ihre Rechtswirkungen lassen sich nicht scharf definieren. Es ist also nicht verwunderlich, wenn Mayer bei den Ausführungen zum b.G/s sich an die Anstalten ³⁾ anlehnt.

§ 19

Die "verschärfte Abhängigkeit"

Für die Bestandselemente des "b.G/s" hat man folgendes zu bemerken:

Die "verschärfte Abhängigkeit" ist kein stabiles Kriterium. Man kann sie weit auslegen und so bei jedem Kontakt mit den Staatseinrichtungen ein "b.G/s" sehen; denn jede Beziehung des Bürgers zum Staat - ungeachtet der Dauer, der Form und des Zweckes, welche diese Beziehung hat (z.B. Erteilung einer Genehmigung, Steuerbescheid, polizeilicher Bescheid) - setzt zuletzt das Eintreten in den Machtbereich der betreffenden Staatseinrichtung bzw. Anstalt (im Mayer'schen Sinn) voraus. Das geschieht weitgehend bei Leistungen der öffentlichen Verwaltung. Hier ist der Verwaltete auf die Verwaltung vielfach angewiesen. ⁴⁾ Bei der Eingriffsverwaltung kommt aber der Verwaltete mit der zum Eingriff ermächtigten Stelle auch in Kontakt. Die Auferlegung der Belastung (Polizei, Steuerbehörde) setzt ebenso wie die Begünstigung - die Zeitdauer ist hier unwichtig - die "verschärfte Abhängigkeit" voraus. Man hätte, streng genommen, sowohl beim Eingriff als auch bei der Leistung ein anstaltliches (Benutzungs-)verhältnis annehmen sollen und damit ein b.G/s.

Die Schärfe der Abhängigkeit zwischen Staatseinrichtungen und Verwalteten ist allerdings je nach dem besonderen Fall unterschiedlich. Aber O. Mayer verlangt keine Abhängigkeit bestimmter Schärfe ⁵⁾, er sagt auch nichts über die Art der Abhängigkeit aus. ⁶⁾ Mayer begnügt sich lediglich mit dem Vorliegen

1) Worin unterscheidet sich eigentlich das besondere vom allgemeinen G/s? Diese Frage wird von Bachof, Referat S. 61 ohne Antwort gestellt; s. u. § 25.

2) Nach dem bekannten logischen Gesetz erweisen sich die allgemeinsten Begriffe inhaltlich als die ärmsten und an Abstraktion als die reichsten; s. Larenz, Methodenlehre S. 323.

3) Vgl. Mayer I S. 101, II S. 286.

4) Forsthoff § 4, Rechtsfragen S. 27; Fleiner, Institutionen, 5. Aufl. S. 157: "Durch den Eintritt in ein b.G/s wird der Bürger ein arbeitendes oder ein zu bearbeitendes Glied des staatlichen Verwaltungsapparates".

5) Anders Laband, Staatsrecht Bd. I S. 433 ff; Obermayer S. 86 ff.

6) Köhl S. 35 Anm. 8.

der "verschärften Abhängigkeit", ohne auf die Kriterien zur Beurteilung dieses Merkmals hinzuweisen. Die "verschärfte Abhängigkeit" im b.G/s bedarf nach Mayer's Methode deshalb nicht des Gesetzes, weil sie eben verschärft ist. Die Fülle der b.G/s, welche auf Grund der verschärften Abhängigkeit entsteht, erzeugt die Gefahr der Eliminierung des "allgemeinen G/s" ¹⁾; denn es fragt sich, was für das allgemeine G/s übrig bleibt, wenn bei jedem Kontakt mit den Staatseinrichtungen (z.B. bei dem formlosen Eintreten in den Machtbereich einer Anstalt) ein b.G/s naheliegt. Das "allgemeine G/s" läßt sich dann nur statisch bestimmen, d.h. in der Fernhaltung vom Staat überhaupt, und das widerspricht nicht der Auffassung des bürgerlichen Rechtsstaates von der Freiheit vom Staat.

§ 20

Der "bestimmte Zweck öffentlicher Verwaltung"

Der Ausdruck "bestimmter Zweck öffentlicher Verwaltung" gibt keine klare Abgrenzung zwischen besonderem und allgemeinem G/s. Zweckgerichtet ist die ganze Verwaltungstätigkeit. Nimmt man noch ²⁾ wie die traditionelle Lehre an, daß im b.G/s der Vorbehalt des Gesetzes nicht gelte, dann wäre das b.G/s ein gefährlicher Zweckbegriff; denn unter Berufung auf das b.G/s könnte man in einem unbegrenzten Gebiet der Verwaltung ³⁾ die rechtsstaatlichen Garantien ausschalten. ⁴⁾

Ferner ist der "Zweck" als Bestandselement einer Definition überhaupt eine zweifelhafte Grundlage. Bei der Bestimmung des "Zweckes" nämlich spielen psychologisch-subjektive Vorstellungen ⁵⁾ eine wichtige Rolle, während der objektivierte, auf "bestimmten äußeren Tatbeständen" ⁶⁾ beruhende Vorgang - das ist für jede juristische Begriffsbildung erforderlich - kaum vorkommt. Die erwähnten Vorgänge können Bestandselemente der juristischen Definition dann werden, wenn sie erfahrungsgemäß als typischer Reflex einer bestimmten psychologischen Haltung ⁷⁾ auftreten. Die Feststellung des "typischen" erfolgt in diesem Fall auf Grund eines isolierenden und abstrahierenden ⁸⁾ Verfahrens. Der "Zweck" aber des b.G/s wird unter der Verfassungsstruktur der konstitutionellen

1) Köhl a. a. O.

2) Köhl a. a. O.

3) Vgl. oben § 19.

4) Köhl a. a. O.; vgl. VGH BaWü v. 14. 5. 63 (Ausschluß von der Schule - Zweck).

5) Köttgen VVDStL 6/114; Richter VVDStL 6/104, 73.

6) Köttgen a. a. O.

7) Köttgen a. a. O.

8) Dazu Larenz, Methodenlehre S. 324 ff.

Monarchie nur vom Bestreben des Monarchen nach Macht, von fiskalischen Erwägungen und dgl. bestimmt. Da der Monarch nach Belieben (subjektiv) den "bestimmten Zweck" festzulegen versucht, ist ihm zugleich gegeben, Grenzen und Inhalt des b.G/s zu umschreiben. Kurz gesagt, ist der Monarch berechtigt, den Begriff des b.G/s im Ganzen eigenwillig zu gestalten. Damit erweist sich eine juristisch-wissenschaftliche Erfassung des b.G/s als methodisch unangebracht. ¹⁾

Die dargestellte Art der juristischen Begriffsbildung kann heute nicht mehr fortgesetzt werden. Träger der Staatsgewalt und Herr der Verwaltung ist nicht der Monarch, sondern das Volk. Die Verfassung und das Gesetz sind nicht nur lediglich Schranke einer vorgegebenen Freiheit der Verwaltung, sondern einzige Legitimation und Quelle der Exekutivgewalt. Die "Leistungsfunktion" des heutigen Sozialstaates ist nicht minder gewichtig als die "Eingriffsfunktion".

Nach alledem wird jetzt auf das Parlament in erster Linie die Zuständigkeit übertragen, im Rahmen der Verfassung (Grundrechte, Art. 80 GG) den "Zweck" zu bestimmen. Andere Staatsorgane können es nur auf dem Ermächtigungsweg, nämlich durch eigene Rechtsakte, die aber mittelbar oder unmittelbar auf einer parlamentarischen Ermächtigung beruhen. Daß diese Garantien bei der Festlegung des "bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung" die Bedingungen der Rechtsstaatlichkeit erfüllen und damit die geeigneten Voraussetzungen für eine methodisch einwandfreie juristische Begriffsbildung schaffen, bedarf keiner Erläuterung.

§ 21

Der "besondere Zusammenhang"

Der "besondere Zusammenhang" ²⁾, in den die Einzelnen zur Begründung eines b.G/s treten, ist ein unklarer und unzutreffender Ausdruck. Man kann in mannigfaltige Arten von "besonderen Zusammenhängen" treten, die aber ganz verschiedene Abhängigkeiten zur Folge haben. ³⁾ In dem Verhältnis des Schülers zur Schule, des Zuchthäuslers zum Gefängnis, des Benutzers zum Versorgungsbetrieb, des Museumsbesuchers zum Museum sind in tatsächlicher Hinsicht erhebliche Unterschiede zu sehen, und das kann die Rechtsordnung einfach nicht verkennen. ⁴⁾ Der "besondere Zusammenhang" begründet nämlich mehrere, sehr

1) Ebenso methodisch unangebracht wäre heute, die innerdienstlichen Akte eines Analtsbetriebes unter rechtlichen Gesichtspunkten zu klassifizieren.

2) Mayer I S. 101.

3) Köhl S. 35 Anm. 8.

4) Thieme JZ 1964/82.

heterogene Arten von b.G/s, die das Recht kaum einheitlich zu bewältigen vermag. Das Recht vermag es um so weniger, als die Zusammenfassung der unterschiedlichen Lebensverhältnisse durch den Gesetzgeber heute überhaupt nicht verlangt wird. ¹⁾ Allerdings hat O. Mayer mit der Bildung des "b.G/s" eine Gruppe von Tatbeständen lediglich negativ aussondern wollen, indem sie dem Zugriff des Rechts entzogen wurden. Die Situation ist heute aber anders. Die Verwaltung hat sich seit der Zeit O. Mayers ständig ausgebreitet und differenziert. Das bezieht sich hauptsächlich auf die Anstalten, welche, wenn nicht die Hauptfigur, so doch eine Hauptfigur des b.G/s bilden. Die Anstalten übernehmen wichtige Funktionen, die das Staatsinteresse fördern (Volksgesundheit) und vitale Bedürfnisse des Einzelnen befriedigen ²⁾ (Versorgungsbetriebe). Die Leistungen der Anstaltsverwaltung werden heute ebenso notwendig wie die Freiheit und das Eigentum. ³⁾

Aus alledem wird ersichtlich, daß das "b.G/s" in eine Vielfalt von "b.G/sn" aufgelöst wird und jede von diesem b.G/sn auf sehr verschiedene "besondere Zusammenhänge" verweist.

§ 22

Die sog. Selbstgenügsamkeit des besonderen Gewaltverhältnisses

Für das b.G/s ist wichtig das Ergebnis, zu dem die überkommene Doktrin gelangt ist; der Grundsatz: Eingriffe in Freiheit und Eigentum sind zulässig nur auf Grund des Gesetzes, gilt für das b.G/s nicht. Die Rechtssetzungen im b.G/s werden unter dem Namen "Verwaltungsvorschriften" zusammengefaßt, und weil sie zu dem "Hausgut der Verwaltung" ⁴⁾ gehören, bedürfen durch solche Rechtssetzungen vorgenommene Eingriffe in Freiheit und Eigentum keiner gesetzlichen Ermächtigung. Die Verwaltung darf hier ohne Rechtsbindungen generelle Verordnungen erlassen und in Einzelfällen durch Anweisungen ⁵⁾ Ausnahmen von den generellen Verordnungen einführen ⁶⁾, denn im Bereich des Nicht-Rechts ⁷⁾ kann es keinerlei rechtliche Bindungen geben.

1) Thieme a. a. O.

2) Forsthoff S. 118.

3) Forsthoff a. a. O.; ausführlicher s. in Forsthoff, Rechtsfragen S. 22 ff.

4) Der Ausdruck ist von Thoma in HDStR Bd. II S. 223.

5) So bezeichnet Mayer die Einzelakte im b.G/s Bd. I S. 102.

6) So die traditionelle Lehre. Mayer scheint jedoch eine begrenzte bindende Kraft der generellen Verordnungen auch für die Verwaltung anzuerkennen, Bd. II S. 339 Anm. 8.

7) s. o. §§ 13, 14.

Das b. G/s ist nach der überkommenen Lehre selbstgenügsam. Es entsteht: durch Gesetz (Schulpflicht), durch eigene Willenserklärung, die die Voraussetzung für die Einbeziehung in den Hoheitsbereich des b. G/s darstellt (Anstellung als Beamter) oder durch "die Tatsache des Eintritts in den Bannkreis einer Anstalt". ¹⁾ Ist der Bürger in den Bannkreis einer Anstalt eingetreten, so unterliegt er der Anst/g und damit der Gewalt des b. G/s. Der Bannkreis wird näher vom Anstaltszweck bestimmt. ²⁾ Die Bestimmung des Anstaltszweckes ist Aufgabe des Anstaltsträgers, d. h. im Grunde entscheidet die Exekutive über ihre eigenen Grenzen. ³⁾ Seit dem Eintritt darf die Anstalt nach Maßgabe des Anstaltszweckes in die Freiheit und das Eigentum eingreifen. Der Eingetretene (Benutzer) ist kein Rechtssubjekt mehr, sondern lediglich ein Glied des Anstaltsapparates. Das Recht hat hier keinen Platz ⁴⁾; denn es findet keine "soziale Schrankenziehung zwischen Rechtssubjekten" ⁵⁾ statt.

Die Selbstgenügsamkeit des b. G/s wird darin demonstriert, daß es des Gesetzes nicht bedarf. Das b. G/s gründet sich nämlich auf sich selbst - so die traditionelle Lehre - als etwas Besonderes. ⁶⁾ Die Besonderheit des fraglichen Verhältnisses verleiht ihm die Macht, die darunter fallenden Tatbestände selbständig (ohne Ermächtigung) zu regeln. Der Wille zur Unterwerfung, soweit er stillschweigend oder ausdrücklich vorhanden ist, steht an zweiter Stelle.

Konstruktionen wie die eben erwähnte können keine weitere Geltung im heutigen Rechtssystem finden. Das Rechtssetzungsmonopol des Parlaments und die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht erlauben solche Konstruktionen nur, wenn sie auf gesetzlicher bzw. verfassungsrechtlicher Ermächtigung beruhen. Die Verwaltung, die im GG zur "vollziehenden Gewalt" gemacht worden ist, hat nicht die Macht aus "Besonderheiten" oder aus der "Natur der Sache" ⁷⁾ öffentliche Rechtsverhältnisse zu schaffen. Damals fehlte es an einer Durchbildung der Gewaltenteilung und an einem verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalog. Heute sind die Freiheitsrechte durch Gewaltenteilung ⁸⁾ und andere Garantien (Wesens-

1) Mayer II S. 285.

2) Z. B. die Volksschulen haben einen größeren Bannkreis als die Universitäten, da ihr erzieherischer Zweck weiter reicht; vgl. W. Jellineck, Verwaltungsrecht S. 516.

3) s. o. S. 33.

4) Vgl. Mayer's bekannte Stelle in Bd. II S. 284, daß die Ordnung des Nutzungsverhältnisses "mit voller Absichtlichkeit nicht das Gepräge des Rechtsstaates" trägt.

5) G. Jellineck, Gesetz und Verordnung S. 240.

6) Maunz, Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten S. 27.

7) Mayer II S. 286 Anm. 4 erklärt die Beschränkungen, die mit der Ausübung der Anstaltsgewalt zusammenhängen, aus der "Natur der Sache".

8) Forsthoff S. 118.

gehaltssphäre, Gesetzesvorbehalt), die auch den Gesetzgeber binden (Art. 1, 19 I, II, 30 GG) gesichert. Die Zusicherungen der erwähnten Garantien bilden dem Willen der Verfassung gemäß Grundsatznormen für die ganze Rechtsordnung, und sie gelten - die Verfassung macht keinen Unterschied - für besondere sowie für allgemeine Gewaltverhältnisse. Dieser Umstand hat zu bedeuten, daß das "b.G/s" mindestens in seinem überkommenen Sinn aufgegeben werden muß.

§ 23

Auflösungserscheinungen des Begriffs des besonderen Gewaltverhältnisses

In der Lehre und in der Rechtsprechung setzt sich immer weiter die Meinung durch, daß das b.G/s in seiner überkommenen Gestalt nicht mehr gelten kann. Vor allem kann es das Anstaltsbenutzungsverhältnis kaum rechtfertigen. Folgende Erscheinungen zeigen das deutlich:

a) Einzelakte, die sich auf die Anstaltsbenutzungsordnung (also keinen Rechtssatz im traditionellen Sinn) stützen, werden z. T. als Verwaltungsakte qualifiziert und damit unter gerichtliche Kontrolle gestellt. ¹⁾

b) Verwaltungsverordnungen wird teilweise der Rechtssatzcharakter verliehen. Das bezieht sich vor allem auf die Anstaltsordnungen, die entweder als Rechtsverordnungen ²⁾, autonome Satzungen oder als Sonderverordnungen ³⁾ angesehen werden. In der Rechtsprechung wird der Rechtssatzcharakter der Anstaltsordnungen in zunehmendem Maße bejaht ⁴⁾, in den meisten Fällen aber ohne nähere Begründung.

c) Aus den Verwaltungsverordnungen, die keine Rechtssätze enthalten, ergeht eine zweiseitige Bindung. ⁵⁾ Die Verwaltung ist an sie - allerdings solange sie gelten - gebunden ⁶⁾, und der Verwaltete hat ein Recht, danach be-

1) Bachof, Laforet S. 286/287 mit weiteren Nachweisen.

2) So Forsthoff für die Benutzungsvorschriften der Versorgungsbetriebe, Lehrbuch S. 122; ähnlich wie Forsthoff für die Versorgungsbetriebe, aber mit anderer Begründung, die herrschende Meinung in der Lehre: Bachof VVDStL 12/58 ff, Obermayer S. 166 ff, 173 ff, Thieme DÖV 1956/521 ff; ebenso Giacometti, Allg. Lehren S. 268 ff, Ermacora VVDStL 15/217 und DÖV 1956/529.

3) Wolff I § 25 VIII.

4) LVG Münster Urt. v. 6. 7. 51, DVBl 1953/27; OVG Rhein. Pfalz Urt. v. 16. 5. 56, DÖV 1956/631; OVG Münster Beschl. v. 8. 1. 59, DÖV 1959/588.

5) s. dazu § 70.

6) Dazu OVG Berlin Urteil angeführt von Rehmert in NJW 1957/575; VGH Hessen Urt. 17. 12. 54, DÖV 1956/628; VG Kassel DÖV 1956/636. In allen Urteilen wird für eine Selbstbindung der Verwaltung ausgesprochen; denn die Verwaltung

handelt zu werden.

d) Viele Anstalten der leistenden Verwaltung ¹⁾ gestalten das Benutzungsverhältnis privatrechtlich aus. Das hat auch die Zustimmung der Rechtsprechung gefunden. ²⁾ Liegt eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses vor ³⁾, so besteht schon mindestens ein Indiz dafür, daß kein b.G/s vorhanden ist. ⁴⁾

e) Die Geltung der Grundrechte im b.G/s wird heute wenigstens im Prinzip bejaht. ⁵⁾ Die heutige Fragestellung geht nämlich nicht dahin, ob die Grundrechte im b.G/s gelten, sondern wie weit sie wegen des Eintritts in ein b.G/s eingeschränkt werden dürfen. ⁶⁾ Andererseits bildet der Verzicht auf die Freiheitsrechte zur Begründung des b.G/s eine zweifelhafte Grundlage; ⁷⁾ denn die "Freiwilligkeit" wird bei dem Verzicht vielfach angefochten. ⁸⁾

§ 24

Eingrenzungsversuche der Lehre beim besonderen Gewaltverhältnis

Bei den methodischen Unvollkommenheiten der überkommenen Doktrin ist die Lehre heute nicht stehengeblieben. Die inzwischen erfolgte Rechtsentwicklung (GG, Gerichtsentscheidungen ⁹⁾) hat ihr Anregungen gegeben, die überlieferten Dinge zu überprüfen. Sie hat sich um eine scharfe Abgrenzung des besonderen von dem allgemeinen Gewaltverhältnis bemüht, und diese Bemühung macht

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 37:

verletzt sonst den Gleichheitssatz; so auch die ständige Rechtsprechung des BVerwG z.B. Urt. v. 24.4.1959, DÖV 1960/632; vgl. ferner VGH BaWü Urt. v. 26.2.1962.

- 1) Zum Begriff der leistenden Verwaltung s. Wolff I § 3 II b 2; ausführlicher bei Forsthoff, Lehrbuch S. 320-325, Rechtsfragen S. 22 ff.
- 2) BVerwG v. 21.2.1958; BVerwGE 6/200.
- 3) Vgl. BGH v. 14.2.1962, DVBl 1962/485 (Versorgungsbetriebe einer Gemeinde).
- 4) W. Weber VVDStL 15/187
- 5) v. MK Vorbem. B XVI; Dürig ArchöR 81/152 ff; Herb. Krüger DVBl 50/625 ff; Hamann S. 62, 63.
- 6) Köhl S. 92 ff; Herb. Krüger op. cit. S. 628; Bachof VVDStL 15/206.
- 7) Anderer Meinung Forsthoff S. 117, der bei freiwilliger Begründung eines b.G/s einen Verzicht auf die Grundrechte annimmt.
- 8) Ein Verzicht wäre regelmäßig unwirksam; so BVerwGE 5/134. Außerdem s. Näheres unten § 58.
- 9) Vgl. § 23.

sich bei dem Anstaltsbenutzungsverhältnis bemerkbar.

Abgrenzungsversuche findet man beispielsweise bei Krüger, Bachof, Forsthoff, Weber, Obermayer, Wolff.

Ein gemeinsamer Topos für die Meinungen, welche die oben Genannten vertreten, läßt sich nicht finden; denn die verwendeten Kriterien sind zu unterschiedlich. Nur bei der Ausschaltung der Versorgungs- und Versicherungsanstalten ¹⁾ aus dem b.G/s scheinen die Genannten einig zu sein. ²⁾ Für die übrigen Anstalten bestehen weitgehende Unterschiede. So sind z.B. Museen, Krankenhäuser, Bibliotheken, Theater Anstaltseinrichtungen, die nach Forsthoff zu dem b.G/s gehören; ³⁾ denn es handelt sich um Anstalten von "sinnlich wahrnehmbarer Abgeschlossenheit" ⁴⁾. Ihre Benutzungsordnung ist verwaltungsinterner Natur. ⁵⁾ Das Benutzungsverhältnis der genannten Anstalten klammern aber Wolff und Weber aus dem b.G/s aus. Dieses Benutzungsverhältnis begründet keinen Sonderstatus, da keine ausgesprochene Personalbeziehung ⁶⁾ - die "Person" wird nämlich dabei als solche nicht ergriffen - des Benutzers zu der Anstalt vorliegt. Gleicher Ansicht ist im Ergebnis auch Bachof, wenn er Regelungen, die Voraussetzungen und Bedingungen anstaltlich gewährter Nutzung festsetzen, nicht mehr als rechtsfreie Verwaltungsinterna, sondern als Rechtssätze ⁷⁾ ansieht. Zum gleichen Ergebnis kommen Obermayer und Thieme. Thieme ⁸⁾ behandelt die Anstaltsordnung als ein Gesetz im materiellen Sinn, welches ein für allemal das Verhältnis zwischen Anstalt und Benutzer im Voraus regelt. Für zulässig hält er nur bestimmte Verpflichtungen in der Benutzungsordnung (Rauchverbot in einem Archiv, Abgeben der Aktentasche in der Garderobe des Museums), die durch den Anstaltszweck bedingt sind. ⁹⁾ Andere Verpflichtungen müssen sich auf gesetzliche Grundlage stützen. Nach Obermayer ist bestimmend für die Zugehörigkeit des Benutzungsverhältnisses zu dem b.G/s, ob der Benutzer zu einem "integrierenden Glied" ¹⁰⁾ des Verwaltungsapparates gemacht wird. Typische

1) So ausdrücklich Forsthoff S.122; Obermayer S.86.

2) s. Anm. 2 S.37.

3) s. Forsthoff S.122.

4) Forsthoff a. a. O.

5) Forsthoff a. a. O.

6) So W. Weber VVDStL 15/188.

7) Bachof, Laforet S.300, Referat S.58 ff; zustimmend Ipsen in VVDStL 15/200.

8) Thieme DÖV 1956/521 ff.

9) Thieme JZ 1964/85.

10) Obermayer S.84.

Beispiele bieten dafür die Stellung des Gefangenen ¹⁾ und des Schülers. Der Museums-, Theater-, Bibliotheksbenutzer sowie der Benutzer des Krankenhauses - da sie als "nicht-integrierende Glieder" in den Anstalten nicht "bearbeitet werden" - untersteht keinem b.G/s.

Das Schul- und das Hochschulverhältnis ²⁾ werden von den meisten Lehrmeinungen als die eigentlichen Beispiele eines b.G/s bezeichnet. So ist es auch mit dem Gefangenenverhältnis. ³⁾ Dieses rechnet Thieme zu den "echten" b.G/s. Die anderen Anstaltsverhältnisse - das Schulverhältnis auch - nähern sich ihrem Wesen nach mehr dem allgemeinen als dem b.G/s. ⁴⁾ Schul-, Hochschul- und Gefangenenverhältnis ⁵⁾ sind für W. Weber typische Beispiele eines besonderen Status. ⁶⁾ Der besondere Status besteht regelmäßig in der dichten Pflichtenstellung des Benutzers, vor allem in der starken Beschränkung seiner persönlichen Freiheit. Wolff unterscheidet im Anschluß an G. Jellineck zwischen Sonderstatus und Allgemeinstatus begründenden Gewaltverhältnissen, so wie W. Weber. Zur Bestimmung der den Sonderstatus begründenden Gewaltverhältnisse, von ihm auch "echte" b.G/s genannt ⁷⁾, untersucht er die Beziehungen des Benutzers zu der Umwelt. Dabei unterscheidet er die offenen von den abgeschlossenen Anstalten. ⁸⁾ Bei den abgeschlossenen Anstalten wird der Benutzer von seiner Mit- und Umwelt auch gegen seinen Willen ferngehalten, während bei den offenen der Benutzer mit seiner Mit- und Umwelt in Verbindung kommen kann. ⁹⁾ Zu den "abgeschlos-

1) Von Obermayer genannte "passive Gliedschaft" im Gegensatz zu der "aktiven Gliedschaft" (Beamtenverhältnis); s. Obermayer a. a. O.

2) Obermayer hat zur Bezeichnung dieser Tatbestände die umfassendere Bestimmung "Ausbildungsverhältnis" geprägt; s. Obermayer op. cit. S. 86.

3) Mit Ausnahme Jechts S. 115 und Heymann S. 71; diese Annahme hängt mit der Vorstellung zusammen, daß die Gefängnisse Einrichtungen nicht der Verwaltung, sondern der Justiz sind.

4) Thieme, Hochschulrecht S. 39 ff.

5) Darunter steht auch der Erziehungsgefangene; so W. Weber op. cit. S. 189.

6) Zustimmend hier Wolff I § 32 V 2, § 99 IV 3 a b c.

7) Wolff II § 99 IV b 3.

8) Die Unterscheidung schon bei Ule VVDStL 15/160. Diese Unterscheidung ist mit jener zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Gewaltverhältnissen nicht identisch. Ein durch gesetzlichen Zwang herbeigeführter Eintritt in ein b.G/s kann zu einem offenen oder zu einem geschlossenen Anstaltsverhältnis führen. Die Unterscheidung zwischen offenen und abgeschlossenen Anstaltsverhältnissen ist weniger problematisch als die zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Gewaltverhältnissen; denn von einer echten Freiwilligkeit kann nur ausnahmsweise gesprochen werden. Faktische und rechtliche Freiwilligkeit decken sich nur selten; vgl. Bachof Referat S. 59; Ule op. cit. S. 159.

9) Vgl. Ule a. a. O.; Wolff II § 98 II h, § 99 IV b 3.

senen Anstalten" gehören Gefängnisse, Fürsorgeanstalten, geschlossene Abteilungen der Krankenhäuser und in bestimmter Hinsicht die Schulen.¹⁾ Da die erwähnten Anstalten unter einem Sonderstatus stehen, darf in die Grundrechte der Benutzer ohne gesetzliche Ermächtigung eingegriffen werden.²⁾ Art und Tragweite des Eingriffs bestimmt die Eigenart der Anstalt. Der jeweilige Zweck des besonderen Statusverhältnisses bildet eine unübersteigbare Grenze.

Zur Klärung der Frage: wann gehört eine Anstalt zu dem b. G/s? entscheidet bei Forsthoff die Abgeschlossenheit der Anstalt nach außen. Das Kriterium ist also für Forsthoff tatsächlicher Art³⁾, und es wird von der Verwaltung (Anstaltsträger) her genommen. Diese Abgeschlossenheit tritt bei bestimmten Anstalten (Krankenhäuser, außerdem werden dazu Schulen und Gefängnisse gerechnet) sichtbar in Erscheinung. Die Versorgungsbetriebe wenden sich aber an die Allgemeinheit.⁴⁾ Hier geht es um Außenfunktionen der Verwaltung. Außerdem hat die Leistungsverwaltung (Versorgungsbetriebe)⁵⁾ nach Forsthoff eine andere Sachlogik als das b. G/s. Bei der leistenden Verwaltung wird keine Gewalt im Sinne eines Gewaltverhältnisses ausgeübt.⁶⁾

§ 25

Stellungnahme zu den Eingrenzungsversuchen

Die angeführten Abgrenzungsversuche kennzeichnet das Bestreben, den Begriff des b. G/s zu retten. Es werden durch die Abgrenzungsversuche allerdings neue Kriterien eingeführt, welche die Beschränkung des b. G/s nur auf eine Gruppe von Anstalten zur Folge haben. Die Grundlagen aber zum Handeln der Verwaltung im Außenverhältnis nach der Beschränkung innerhalb des übriggebliebenen Raumes sind noch außergesetzliche. An die Stelle der "verschärften Abhängigkeit" und des "besonderen Zweckes" tritt jetzt die "Personalbeziehung" (W.

1) Allerdings stehen die Schulen, wie die vorher genannten Anstalten, unter einem Sonderstatus. Die Schulen dienen aber nach Wolff nicht der "Erhaltung" (wie es die anderen Anstalten tun), sondern der "Gestaltung" der von der Verfassung gewollten Ordnung; Wolff II § 99 IV b c. Ihr Sonderstatus im Staatswesen hinsichtlich der Einschränkung der Grundrechtsausübung (es braucht hier nach Wolff kein formelles Gesetz vorzuliegen) ist gleich mit dem Sonderstatus der der "Erhaltung" der verfassungsmäßigen Ordnung dienenden Anstalten.

2) So Wolff II § 99 IV b 3 c.

3) Forsthoff S. 122.

4) Forsthoff a. a. O.

5) Vgl. Forsthoff, Rechtsfragen S. 12.

6) Forsthoff S. 118.

Weber), die "integrierende Gliedschaft" (Obermayer), das "Verwaltungsinternum" (Forsthoff, Bachof), der Gedanke "Erhaltung oder Gestaltung der verfassungsmäßigen Ordnung" (Wolff) und dgl. Man hat auch das Handeln der Anstalt (einschließlich Eingriffe) auf die "Sachlogik" und auf die "fachlich-technische Natur" ¹⁾ der wahrgenommenen Aufgaben begründet. Nach dieser Ansicht werden Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum, die im Rahmen eines Schulbetriebes oder einer Krankenanstalt ²⁾ stattfinden, durch die besondere Art der Anstaltsaufgaben gerechtfertigt. ³⁾

Allen erwähnten Begründungen gemeinsam ist der ungebundene selbständige und vom Gesetzgeber freie Raum, welcher nicht vom Rechtsakt, sondern vom Realakt ⁴⁾ beherrscht wird. Damit lebt die alte Vorstellung von dem "rechtsfreien Raum" - allerdings jetzt in beschränktem Umfang - im heutigen Recht weiter. Ein "Relikt des obrigkeitlichen Staates" wird auf den modernen Staat übertragen.

Wollte man konsequent beim GG bleiben, so ist die Antwort auf die erwähnten Rechtskonstruktionen klar und scharf. Soweit es sich um Eingriffe der vollziehenden Gewalt in die Freiheit und das Eigentum handelt, gibt es keinen anderen Weg als den Weg des formellen Gesetzes. Das formelle Gesetz wird hier selbst oder durch Ermächtigung (Art. 80 I GG) - es ist gleichgültig, ob das Benutzungsverhältnis sachlich-technischer Natur ist - Art, Grenzen und Ausmaß des Eingriffs bestimmen. Ein Eingriff aus anderem Grund kommt daher nicht in Frage. Dem Erfordernis einer engen Ermächtigung unterliegt ferner ein im Rahmen der sog. Satzungsautonomie vorgenommener Eingriff; denn der Anstaltsverwaltung soll nicht die Möglichkeit gegeben werden, durch Abwechslung der Grundlagen ihres Handelns sich den verfassungsrechtlichen Bindungen im Bereich des Eingriffs zu entziehen.

Die erwähnten Konstruktionen erweisen sich also von der Seite der Eingriffsproblematik als wertlos; denn sie stellen keine Ermächtigung der Exekutive durch

1) Köttgen VVDStL Heft 16/184, 185; Heft 6/113-115; neuerdings Jecht S. 99.

In gleicher Richtung bereits Thoma HdbDStR II S. 615 ff.

2) Vgl. Jecht S. 114, 115.

3) Vgl. Jecht S. 126/127; - da der Anlaß für den Eintritt in den Bannkreis der genannten Anstalten (dazu gehört nach Jecht die Bundesbahn) allein in dem Sachverstand der hier tätigen Anstaltsfunktionäre (Fachleute) begründet ist - so argumentiert Jecht - dürfte man nicht von einer "Befehlsgewalt" der Anstalt sprechen, wie es Forsthoff S. 444 tut; denn die Anstalt wird nach Jecht eben durch den Verzicht auf die Inanspruchnahme staatlicher Befehlsgewalt gekennzeichnet.

4) Zu dem Begriff des Real- im Gegensatz zu dem Rechtsakt s. Köttgen VVDStL 6/125.

das Parlament dar. Sie sind jedenfalls nicht in diesem Sinn konstruiert worden. Stellten sie trotzdem eine Ermächtigung dar, so hätte diese global und allgemein erteilte Ermächtigung aus diesem Grund eben keine Geltung.

Bedenken gegen jede Erscheinungsform des b.G/s (auch im leistenden Bereich) ergeben sich aus der ablehnenden Haltung des GG gegenüber den sog. "rechtsfreien Räumen".¹⁾ Es bleibt nach der Verfassung kein eigener Raum für die Exekutive. Vom Gesetz ungeregelte Räume können wohl gegeben werden. Im demokratischen Rechtsstaat kommt der Exekutive keine Befugnis zu, die nicht-geregelten Räume mit eigenen Rechtssätzen auszufüllen; denn die Kompetenzpräsumption spricht nicht für sie, sondern gegen sie. Im Rahmen des demokratischen und gewaltenteilenden Rechtsstaates darf die Verwaltung gegenüber Außenstehenden (Außenverhältnis) nur als vollziehende Gewalt auftreten und Rechtsetzungsaufgaben übernehmen, wenn sie vom Parlament (in einer parlamentarischen Demokratie) ermächtigt wird. Der Vergleich des b.G/s mit der eben geschilderten Struktur des GG verrät auch die wahre Natur des b.G/s. Der Begriff des b.G/s ist nämlich von einem bestimmten politischen Zustand²⁾ her zu verstehen. Ist dieser politische Zustand grundsätzlich geändert worden, so müßte das b.G/s diesem Wandel ebenfalls unterzogen werden. Der moderne Staat gibt dem "b.G/s" keine Chance weiter zu leben. "Es verwandelt sich unmerklich in einen Kunstgriff der staatlichen Verwaltung".³⁾

Zu den vorgeschlagenen Einschränkungen hat man zu bemerken, daß ihnen nicht weniger Unbestimmtheit als der traditionellen Definition anhaftet.⁴⁾ "Personalbeziehung", "Verwaltungsinternum", "integrierende Gliedschaft" und dgl. können bei Anwendung auf konkrete Benutzungsverhältnisse nahezu gleiche Schwierigkeiten erzeugen,⁵⁾ wie bei der Mayer'schen Definition. Denn der Begriff der Anstalt umfaßt in der Struktur und in der Zweckbestimmung verschiedene Gebilde⁶⁾, und er erstreckt sich auf einen weiten Bereich. Diesen Umständen tragen die Einschränkungsversuche des b.G/s Rechnung, wenn sie das Schwerkraft auf die Bestimmung der einzelnen Anstalten (welche unter die vorgeschlagene Definition fallen müssen), als auf die Erläuterung der Definition selbst legen.

Den Eingrenzungsversuchen des b.G/s liegt auch die Gefahr nahe, das "eingeschränkte" b.G/s mit dem Begriff der Organisationsgewalt zu verwechseln.

1) Dazu Jecht S. 15 ff, 206 ff m.w.N.

2) Vgl. o. §§ 13, 14, 15, 16.

3) Krüger VVDStL 15/109 ff, 117.

4) Mayer Bd. I S. 101.

5) Vgl. oben §§ 17, 20, 21.

6) Vgl. Forsthoff S. 122; Köttgen VVDStL 6/110.

Je weiter die Einschränkung geht, um so sichtbarer wird die Gefahr. Nach der herrschenden Lehre erschöpft sich die Wirkung der Organisationsnormen - die Organisationsgewalt äußert sich durch den Erlass von Organisationsnormen - nicht nur innerhalb der Verwaltung ¹⁾ (z.B. bei der Schaffung eines Organs). Die Organisationsnormen können auch Dritte betreffen und für die Dritten neue Rechte und Pflichten schaffen. Ähnliche Wirkungen löst auch das b.G/s, am deutlichsten das Anstaltsbenutzungsverhältnis, aus, welches nach der überkommenen Doktrin ohne Rechtsgrundlage - nach derzeitiger verbreiteter Ansicht gewohnheitsrechtlich - Verbindlichkeiten auferlegen darf. ²⁾ Der Rechtssatzcharakter wird den Organisationsvorschriften sowie den Anordnungen im b.G/s abgesprochen. ³⁾ Ferner kommt der Organisationsgewalt die Befugnis zu, selbständige Gebilde des öffentlichen Rechts (z.B. Anstalten) ins Leben zu rufen ⁴⁾ und sie sachlich, funktional und modal weiter zu bestimmen. ⁵⁾ Gleiche Befugnisse werden aber dem "echten" b.G/s zugeschrieben. Es fragt sich also, was eigentlich dem eingeschränkten b.G/s bleibt; denn dieser Begriff wird praktisch vom Begriff der Organisationsgewalt ausgesaugt.

Der Begriff des b.G/s - die Einschränkungsversuche werden hiermit einbezogen - ist für das öffentliche Recht mehr problematisch als nützlich geworden. Seine wirkliche Brauchbarkeit ist fraglich. Wenn geschichtliche Gründe gegen das Aufgeben des Begriffs sprechen ⁶⁾, so könnte man ihm heute - beim Aufrechterhalten - lediglich eine systematische Bedeutung zuschreiben. Das b.G/s könnte als Oberbegriff zur Bestimmung mehrerer untereinander verschiedener Rechtsverhältnisse (Beamten-, Soldaten-, Anstaltsverhältnis u. a.) beibehalten werden. Der

1) G. Jellineck, Gesetz und Verordnung S. 386 ff; Forsthoff S. 385; Köttgen und Ermacora VVDStL 16, jeweils S. 154 ff, 191 ff; vgl. Wolff II § 78 I b.

2) So bis heute die h.L.; s. Forsthoff a. a. O.; Wolff § 78 II c 2.

3) Ein erheblicher Teil der Lehre hat sich - entgegen der h.L. - für den Rechtssatzcharakter der Organisationsvorschriften ausgesprochen; vgl. Jellineck a. a. O. Thoma bad. Recht. S. 118; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt S. 210 ff; Rupp S. 28. Zu dieser Frage s. näher Forsthoff S. 385 Anm. 3.

4) Nach herrschender Meinung vermag nicht die Organisationsgewalt Anstalten mit Zwangsgewalt gegen Dritte (Eingriffe in Freiheit und Eigentum) zu schaffen, es sei denn, daß eine gewohnheitsrechtliche Grundlage nachweisbar ist; s. Wolff II § 78 II b β; vgl. Forsthoff S. 384. Ferner darf die Organisationsgewalt keine juristische Person des öffentlichen Rechts, gleichgültig ob sie Zwangsgewalt ausübt, errichten; dazu ist ein Gesetz notwendig.

5) Wolff II § 78 III (Erziehungsgewalt).

6) So W. Weber VVDStL 15/191; Forsthoff S. 118.

Begriff würde damit eine völlig neue Bedeutung erhalten; denn er würde weder die Funktion einer Ermächtigungsgrundlage zum Handeln der Exekutive übernehmen, noch irgend andere Grenzen für die Verwaltungs- und Staatstätigkeit ziehen. All dies bekäme das b.G/s aus den ihm untergeordneten (besonderen) Rechtsverhältnissen.

III. KAPITEL:

§ 26

Die Unterscheidung zwischen Innen- und Außensphäre der Staatstätigkeit

Die Trennung des Rechtsraumes von dem Raum des Nicht-Rechts ist nicht als absolut zu verstehen. O. Mayer erwähnt Beispiele aus dem Anstaltsrecht ¹⁾ (namentlich die Post und bestimmte Versorgungsbetriebe), wo der Gesetzgeber einen bestimmten Sachbereich speziell geregelt hat. Die spezielle Regelung kann objektiv-rechtlich oder auch subjektiv-rechtlich (z.B. subjektives Recht auf Benutzung) Wirkungen haben. ²⁾ In der Weimarer Zeit wurde diese Entwicklung im Anstaltsrecht fortgesetzt, denn bei unfreiwilligem Eintritt in eine Anstalt forderte man ³⁾ als Grundlage ein Gesetz. Das Gesetz bot zugleich den Maßstab für die erforderlichen Maßnahmen zur Verfolgung des Anstaltszweckes. Mit dem Erfordernis des Gesetzes wurde die Frage der Geltung der Freiheitsrechte in den unfreiwillig begründeten Benutzungsverhältnissen geklärt. Man rechnete jetzt diese Benutzungsverhältnisse zur Außensphäre des Staates.

Die Unterscheidung zwischen Innen- und Außensphäre ist später in das b.G/s übertragen worden. ⁴⁾ Beim Bestreben, einen weiteren Rechtsschutz im b.G/s zu gewähren, hat man Beziehungen, die in der Begründung, Veränderung

1) Vgl. folgende Stelle aus Mayer Bd. II: S.271, 279, 281.

2) Für Mayer haben die Schulregulative eine Wirkung, wie "das objektive Recht"; s. erste Aufl. II S.338 Anm. 7. Ein Verstoß gegen sie wird von Mayer als "rechtswidriges Verhalten" angesehen. Zur Wirkung der Anstaltsverordnungen (Verwaltungsverordnungen) s. u. § 70.

3) So bei Schulen und Strafvollzugsanstalten; s. G. Jellineck S.514, 122; Maunz Die Verwaltung S.69; Freudenberger in Ann. 1931/175; WüEVRO, Begründung S.449. Thoma in HDStR II S.230 Nr.26 verlangt auch bei freiwillig begründeten b.G/s "den Rechtstitel einer umschriebenen Ermächtigung".

4) Für das Anst/s vgl. z.B. Kersten NJW 1949/209. Geschichtliches von der erwähnten Entwicklung s. bei Krüger, Smend-Festschr. S.212 ff. m.Nachw.

oder Beendigung eines b.G/s bestehen zu der "Außensphäre" (Ule ¹⁾) nannte diese Beziehung "Grundverhältnis") gerechnet. ²⁾ Andere Beziehungen, die sich aus der Geltung der inneren Ordnung des Rechtsgebildes ergeben, hat man der "Innensphäre" untergeordnet (Ule's Benennung für diese Beziehung: Betriebsverhältnisse). Die herrschende Meinung im Schrifttum ³⁾ und in der Rechtsprechung ⁴⁾ richtet sich nach der erwähnten Unterscheidung.

Die angeführte Rechtskonstruktion interessiert uns nur im Hinblick auf das Anstaltsbenutzungsverhältnis.

Zu dem Anstaltsbenutzungsverhältnis scheint die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnissen gerade am wenigsten zu passen. ⁵⁾ Der Benutzer ist in keinem Betrieb eingeordnet, wie es bei den anderen b.G/s (hauptsächlich den Dienstverhältnissen) geschieht. ⁶⁾ Im Anstaltsbenutzungsverhältnis handelt es sich nicht um die Erfüllung von Staatszwecken mit Hilfe eingeordneter Personen ⁷⁾, sondern um die zur Verfügungstellung von sachlichen oder persönlichen Mitteln zugunsten des Bürgers (Benutzer). Die ordnenden Vorschriften der Anstalt bezwecken an sich eine Schädigung der Benutzungsmittel und eine Behinderung des Mitbenutzers bei der Benutzung auszuschließen. Soziologisch ist der Tatbestand des Anstaltsbenutzungsverhältnisses anderer Struktur als das b.G/s. ⁸⁾ Es besteht infolgedessen keinerlei sachliche Notwendigkeit, das Problem des Anstaltsbenutzungsverhältnisses im Licht des b.G/s zu betrachten. Will man jedoch an dem Begriff des "Betriebes" oder des "Betriebsaktes" festhalten, so hat man die Betriebsbezogenheit sämtlicher Anstaltsakte, die das Benutzungsverhältnis regeln, zu bejahen; denn sie bewegen sich innerhalb der vom Zweck des Benutzungsverhältnisses bestimmten Grenzen. Die betriebliche Bezogenheit der erwähnten Anstaltsakte sollte aber kein Hindernis für ihre gerichtliche Nachprüfung sein. Andererseits sind Akte gerichtlich nachprüfbar (als Verwaltungsakte), die nach Ule's Un-

1) DVBl 1951/338 ff, 340.

2) VVDStL 15/152; im Grunde so auch Bachof in VVDStL 15/203.

3) Anderer Meinung sind: Krüger, Smend-Festschrift S.211 ff; Obermayer S.168 ff.

4) Zusammenstellung von Gerichtsentscheidungen s. in VVDStL 15/152 ff, DM Komm. zu Art. 19 IV GG Nr. 25.

5) Thieme JZ S.82 wie hier.

6) Auch Ule S.152 verkennt nicht die unterschiedliche Stellung des Benutzers gegenüber z.B. einem Beamten. Jedoch spricht er von einer "Einfügung" des Benutzers in dem Anstaltsbetrieb. Die unterschiedliche Stellung des Anstaltsbenutzers gegenüber einem Beamten ist bekannt ferner in Obermayer S.85.

7) Thieme op.cit. S.83.

8) Vgl. Thieme a.a.O.

terscheidung zu der Betriebssphäre gehören - wahrscheinlich, weil sie sich auf unbedeutende Fragen beziehen - und das Gepräge der Willkür tragen. ¹⁾ Auch ein Teil von "Betriebsakten" - so meint Ule ²⁾ - untersteht der gerichtlichen Kontrolle. Dem Grundsatz: "je intensiver das Gewaltverhältnis um so mehr Rechtsschutz" ³⁾ sind alle Betriebsakte, die sog. geschlossene Anstaltsverhältnisse betreffen, gerichtlich nachprüfbar ⁴⁾, während Betriebsakte im offenen Anstaltsverhältnis vom Rechtsschutz ausgenommen werden. Für die letzteren bleiben nur die Disziplinargerichte zuständig. Das disziplinarische Verfahren muß aber rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen und außerdem in ein gerichtliches Verfahren ausmünden. ⁵⁾ Mit den eingeführten Ausnahmen (der Unterschied zwischen geschlossenen und offenen Anstaltsverhältnissen macht auch die herrschende Lehre) wird die Einheitlichkeit dieser Lehre wesentlich gestört; denn es wird damit das "Betriebsverhältnis" praktisch der gerichtlichen Kontrolle unterzogen. Zugleich wird der Anstaltsbenutzer grundsätzlich als ein Dritter, Außenstehender betrachtet.

Ein Rechtsschutz im Anstaltsbenutzungsverhältnis hat von der Generalklausel des Artikels 19 IV auszugehen. ⁶⁾ Tut man es, so ist es unzulässig, den Rechtsschutz von der sachlichen Zugehörigkeit des zu prüfenden Aktes zu einer Gruppe (etwa: Betriebsverhältnis) abhängig zu machen. Art. 19 IV knüpft an solche aprioristische Vorstellungen ⁷⁾ - sowie auch an den überkommenen Begriff des Verwaltungsaktes - jedenfalls nicht an. ⁸⁾ Dieses Verständnis des Art. 19 IV GG (es unterstehen der gerichtlichen Kontrolle alle Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt) steht im Einklang mit der Gesamtkonzeption des GG. Für die Gesamtkonzeption des GG ist die Abkehr von "rechtsfreien Räumen", als der "Innensphäre" des Staates zugehörig, bestimmend. Auch die Bildung von

1) Z.B. sachlich ungerechtfertigte Strafarbeit eines Schülers.

2) VVDStL 15/160, 220.

3) Die herrschende Meinung geht von der umgekehrten Richtung aus: Je intensiver das Gewaltverhältnis ist, desto weniger Rechtsschutz; denn die Rechtsordnung will durch das intensivere Gewaltverhältnis stärker in die Freiheit des Einzelnen eingreifen. Vgl. Ipsen VVDStL 15/201, Bachof op.cit. S.203.

4) Zur Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen Anstaltsverhältnissen s. VVDStL 15/160.

5) So Ule op.cit. S.160.

6) Dafür ist im Prinzip die herrschende Meinung, vgl. VVDStL 15 S, 147 ff, 150, 201, 204, 215; vgl. auch HH Rupp DVBl 1958/118.

7) W. Jellineck befürwortet in Deutsche Rechtszeitschrift 48/271 die Anwendung der Generalklausel - vor ihrer Einführung in das GG - auf das b.G/s.

8) MD Komm. zu Art. 19 IV GG Nr. 25.

neuen Gruppen zu dem Zweck, bestimmte Akte von vornherein einer gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, ist unzulässig; denn es ist praktisch immer eine Frage des Einzelfalles, ob (bei unterstellter Wahrheit des Klagen- Vorbringens) eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt - dies kann wohl im "Betriebsverhältnis" geschehen - vorliegt. ¹⁾ Da Art. 19 IV GG keine Unterscheidung macht, braucht die Verletzung der eigenen Rechte nicht unbedingt nur "willkürlich" oder "offensichtlich" zu sein. Das BVerwG ²⁾ hat abgesagt, daß es nicht-judikable "Betriebsakte" gibt. Aus dem geltenden Verfassungsrecht - so muß am Schluß festgestellt werden - ergibt sich keine Beschränkung des Rechtsschutzes im Anstaltsbenutzungsverhältnis. ³⁾

-
- 1) Für eine uneingeschränkte Gewährung des Rechtsschutzes vom Art. 19 IV GG auch im Anstaltsbenutzungsverhältnis sind: Fr. Klein VVDStL 8 S. 67 ff, 107 ff; Wernicke, Bonner Kommentar II 4 g a zu Art. 19 GG; Dürig in MD zu Art. 19 IV GG Nr. 25; Hamann S. 201. In der Rechtsprechung ist die gerichtliche Nachprüfung von Schulverhältnissen weit gegangen, vgl. VVDStL 15 S. 154, MD. Komm. zu Art. 19 IV GG Nr. 25 c c. Es werden Akte aus dem Schulverhältnis angefochten, die streng genommen dem Betriebsverhältnis angehören müssen, z.B. vgl. OVG Berlin; Entscheidungen III/146 (Wahl des Oberschulzweiges); OVG Rheinl.- Pfalz in DVBl 54/579 mit Anm. von Hamann (Nichtversetzung). Nach Ule's nicht überzeugender Auffassung berührt die Nichtversetzung das Grundverhältnis des Anstaltsbenutzungsverhältnisses, vgl. Ule op.cit. S. 155.
- 2) VwRspr 7/925ff. Außerdem vgl. BVerfGE 1/260, 264.
- 3) Argumente gegen einen uneingeschränkten Schutz im Anstaltsbenutzungsverhältnis wie: Überlasten der Gerichte, Gefährdung der Effizienz der Rechtspflege (Ipsen a. a. O. S. 201) treffen die rechtliche Seite des Problems nicht und deshalb sind sie belanglos. Der systematische Zusammenhang des Art. 19 IV mit Art. 33 III GG (hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) läßt einen eingeschränkten Schutz nur im Beamtenverhältnis, nicht im Anstaltsbenutzungsverhältnis zu. Schließlich ist eine teleologische Interpretation des Art. 19 IV GG im Sinne Ule's (mit ihm zustimmend Bachof VVDStL 15/204) kaum überzeugend und dem Rechtsstaatsgedanken, wie er im GG allgemein und im Art. 19 IV GG niedergelegt ist, wenig Rechnung tragend; richtig Klein VVDStL 8/108.

3. ABSCHNITT: DAS BENUTZUNGSVERHÄLTNIS ALS BESTIMMENDES MOMENT DER ANSTALTSGEWALT

I. KAPITEL: DAS BENUTZUNGSVERHÄLTNIS

§ 27

Einführung

Das Benutzungsverhältnis umfaßt die Rechtsbeziehungen der Anstalt zu dem Benutzer. Die Rechtsnormen, welche das Benutzungsverhältnis regeln (Benutzungsordnung)¹⁾ können der sog. Anstaltsordnung angehören als ein Teil von ihr oder getrennt vom Anstaltsträger und von Anstaltsorganen erlassen werden.²⁾ Die Benutzungsordnungen werden einseitig hoheitlich erlassen, enthalten abstrakte und meist generelle Rechtsregeln und haben nach herrschender Meinung materiellen Gesetzescharakter.

Der Benutzer ist, wie erwähnt, gegenüber der Anstalt ein Außenstehender; mit ihr steht er insofern in einer besonderen Beziehung, als er kraft Benutzungszulassung zu jenem Personenkreis gehört, für den die Anstalt funktioniert. Diesem Personenkreis gegenüber kommen der Anstalt, von ihrer Bestimmung her, Verpflichtungen zu; das objektive Recht verpflichtet nämlich die Anstalt (für die Bedürfnisse des betreffenden Personenkreises, deren Befriedigung dem allgemeinen Interesse entspricht) zu ununterbrochenen Funktionieren³⁾ und zur Vornahme aller Vorkehrungen, die die Anstalt zur Benutzung bereit halten.⁴⁾ Ein allgemeines, jedem Benutzer zustehendes Recht auf Betrieb der Anstaltseinrichtungen gibt es aber nicht. Die erwähnten Vorkehrungen haben häufig Außenwirkungen (also, materiell gesehen, gehören sie zum Benutzungsverhältnis); somit bedürfen sie nach geltendem Verfassungsrecht einer rechtlichen Grundlage. Das derzeitige Verfassungsrecht führt andererseits zur Erweiterung des Rechtsschutzes überhaupt; daß diese Erkenntnis auch für das Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern Bedeutung besitzt, ist nicht zu leugnen; die herrschende Lehre bemüht

1) s. o. § 8.

2) Eine weite Fassung der Anstaltsordnung vertritt Wolff in § 98 IV a; Forsthoff scheint die Anstaltsordnung mit der Benutzungsordnung zu identifizieren, s. S. 437.

3) So die Lehre der "Schule des öffentlichen Dienstes" in Frankreich (*école de la service publique*: Duguit, Jese, Bonnard).

4) Diese Verpflichtung ergäbe sich auch aus der Aktualisierung im Anstaltsrecht des Sozialstaatsprinzips; dazu s. Forsthoff in VVDStL 12/20; Forsthoff leitet hier aus dem Sozialstaatsprinzip für den Einzelnen eine feste Teilhabe an den für seine Existenz wichtigen Leistungen.

sich bereits ¹⁾ um eine Intensivierung des im Anstaltsbenutzungsverhältnis zu gewährenden Rechtsschutzes, dessen Ausmaß im einzelnen sich nach den jeweiligen Rechtskonstruktionen, wie auf S. 39 ff, 45 ff gezeigt, unterscheidet. Der Begriff der "Benutzung" steht bei jenen Versuchen der Theorie zwangsläufig im Hintergrund. Er wird jeweils weit oder eng gefaßt, so daß man dadurch entsprechende rechtliche Konsequenzen ziehen kann. Auch hier empfiehlt es sich also, eine brauchbare Klärung des erwähnten Begriffs für die nachfolgende Untersuchung vorzunehmen.

§ 28

Zur Klärung des Begriffs der "Benutzung"

Die Art der Benutzung unterscheidet sich je nach der besonderen Anstaltsgruppe. Das Museum wird z. B. anders benutzt (bloß besichtigt) als ein Versorgungsbetrieb (hier findet tatsächlich ein Verbrauch der Leistung statt), und gegenüber beiden hat die Benutzung der Schule oder der Irrenanstalt einen ganz anderen Sinn. Die Anstalt muß dann die persönlichen und sachlichen Mittel entsprechend der Art der Benutzung, welche für die besondere Anstaltsgruppe vorgesehen ist, zur Verfügung stellen. Nach der Erteilung der Zulassung erwirbt der Benutzer das Recht, nach Maßgaben der Benutzungsordnung behandelt zu werden. ²⁾ Damit erlangt er aber keinen Anspruch auf den tatsächlichen Betrieb der Anstalt. ³⁾

Regelmäßig wird mit der Erteilung der Zulassung die Möglichkeit zu einer normalen Benutzung eröffnet. Die "normale Benutzung" wird im allgemeinen vom Grundsatz der Gleichheit (allen Benutzern werden gleiche Chancen zur Benutzung gegeben) und von den Bedürfnissen des Durchschnittsbenutzers der betreffenden Anstalt bestimmt. Über den Umfang und die Art einer über die Art der "normalen Benutzung" hinausgehenden sog. Sonderbenutzung entscheidet die Eigenart der Anstalt. ⁴⁾ Sie wird bestimmten Personen erlaubt. Durch die Sonderbenutzung erwirbt der Erlaubnisteilnehmer das Recht, die Anstaltseinrichtungen für sich (Photographieren der Statuen für gewerbliche Zwecke) über das Maß der normalen Benutzung hinaus nutzbar zu machen.

-
- 1) Krüger NJW 1953/1369; Ule, Recht-Staat-Wirtschaft III S. 264/265; ders. VVDStL 15/152 ff; Kellner DÖV 1963/427; Obermayer S. 168 ff; Rupp S. 157 ff; v. MK S. 575; BK Erl. II 4ga 1 zu Art. 19.
 2) ForsthoFF S. 363 Anm. 1; W. Jellineck S. 515.
 3) Wolff § 99 II b 3; nach W. Jellineck a. a. O. hat niemand einen Anspruch auf Errichtung oder Erweiterung einer öffentlichen Anstalt.
 4) ForsthoFF S. 364.

Die Benutzung wird bestimmten Personen (Benutzerkreis) unmittelbar und individuell gewährt. ¹⁾ Es können aber weitere Personenkreise - allein oder zusammen mit den individuell Nutzenden - Dienste und Vorteile aus der Funktion der Anstalt ziehen, ohne daß sie die Anstalt individuell benutzen (z. B. juristische Personen des Privatrechts). Der Kreis dieser Personen, die Benutzer im eigentlichen Sinn sind, wird näher vom Anstaltszweck bzw. vom Gesetz bestimmt.

Die Zahl der Personen, die an der Benutzung teilnehmen (Benutzer), ist unwichtig. Der Kreis der Benutzer ist aber im Prinzip ein begrenzter Personenkreis; er wird nach besonderen oder nach generellen Merkmalen von der Anstaltsordnung und dem Anstaltszweck bestimmt. In dem Grundsatz des prinzipiell beschränkten Personenkreises als Benutzer findet die Zulassung Rechtfertigung, und darin liegt ihre eigentliche Funktion; denn die Zulassung ist ein Individualakt ²⁾ - sie betrifft den einzelnen Benutzer, nicht nach generellen Merkmalen bezeichnete Personengruppen -, und sie stellt fest, daß die vorgeschriebenen Voraussetzungen zur Verleihung des besonderen Status des Anstaltsbenutzers vorliegen. Diese Funktion kommt der Zulassung auch dann zu, wenn ihre Erteilung auf tatsächlichen Handlungen beruht (Einwerfen des Briefes mit der Briefmarke in den Briefkasten, Betreten des Museums bei freiem Eintritt) ³⁾.

In dem Sinn der Benutzung ist in der Regel das Moment der Nützlichkeit enthalten. Der Grundsatz des prinzipiell begrenzten Personenkreises verweist auf die Nützlichkeit der anstaltlich gewährten Benutzung für den Benutzer; denn den Nicht-Benutzern kommt dieses Moment nicht zu. Auch die Freiwilligkeit beim Eintreten in das Benutzungsverhältnis - falls man sie für das Anstaltsbenutzungsverhältnis akzeptiert ⁴⁾ - bekundet die Nützlichkeit der Benutzung für den Eingetretenen. Fraglich wird aber die "Nützlichkeit" als gewöhnliches Merkmal der Benutzung für Fürsorge-, Irrenanstalten und deutlicher bei den Gefängnissen. ⁵⁾ Kann man wirklich hier noch von einer "Nützlichkeit" sprechen?

Da das Gefängnis den extremsten Fall bildet, hat man es vorzugsweise zu untersuchen. Die gleichen Gedanken sind dann auch auf die anderen oben er-

1) Im Entwurf WüVRO (Begründung) S. 419 sind die nutzbaren Anstalten dazu bestimmt, "mit den ihnen zur Erfüllung ihres Zweckes zugewiesenen Vermögensbestand den einzelnen, deren Interessen mit der Aufgabe der Anstalt verknüpft ist, individuelle Vorteile oder Nutzungen ... zu gewähren oder ihnen persönliche Dienste zu leisten".

2) Forsthoff S. 362.

3) Die Beispiele aus Forsthoff S. 362.

4) Vgl. u. § 58.

5) Für die Versorgungsbetriebe mit Anschluß- und Benutzungszwang (Anstalten der "zweiten Gruppe") s. u. § 62.

wähnten Anstalten anzuwenden. Die Gefängnisse sind Strafvollzugsanstalten; daher erhalten sie ihre eigentliche Erklärung vom Sinn der Strafe her ¹⁾. Hält man an der älteren Auffassung über den Sinn der Strafe fest, die Strafe ist nämlich eine rohe Vergeltung für ein begangenes Übel, so hat man bei der Vollstreckung der Gefängnisstrafe die Abwicklung eines Benutzungsverhältnisses mit dem Moment der Nützlichkeit zu verneinen und damit - falls man an der Ansicht über die Nützlichkeit als unentbehrliches Merkmal des Anstaltsbenutzungsverhältnisses festhält - dem Gefängnis den Anstaltscharakter abzusprechen; denn diese Funktion der Strafe ist mit einer "Benutzung" im anstaltsrechtlichen Sinn schlechthin unvereinbar. Geht man von den Forschungsergebnissen der modernen Kriminalpädagogik aus (Besserungszweck der Strafe, Möglichkeiten zur Gewöhnung an eine normale und gesetzestreue Lebensart der Verurteilten ²⁾), so bekommt die Sache ein anderes Gesicht. Der ganze Mechanismus des Strafvollzuges erhält einen pädagogischen Akzent zum wahren Wohle - um so mehr gilt es für Fürsorgehäftlinge - des Gefangenen. Objektiv gesehen kommt ihm ein Nutzen zu. Aus allgemeineren Gründen interessieren hier die Rechtsordnung nicht die persönlichen Ansichten des Gefangenen.

II. KAPITEL

DAS VERHÄLTNIS DER "BENUTZUNG" ZU DER ANSTALTSGEWALT

§ 29

Grundsatz

Die Benutzungsordnung begründet die Anst/g ³⁾, auf der sie oft auch beruht, und bestimmt deren Umfang. Die Anst/g tritt als das hoheitliche Recht ⁴⁾ der Anstalt auf, welches im Rahmen der Benutzungsordnung den anstaltlichen Zweck sichert und gewährleistet. ⁵⁾ Dieses Recht bildet keine außerrechtliche Macht mehr. Es wird durch formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, sog. autonome Satzungen und nach h. M. auch durch Verwaltungsverordnungen eingegrenzt und näher bestimmt. Die Untersuchung der Verhältnisse der Anst/g zu den oben aufgezählten und in die Benutzungsordnung zum Ausdruck gekommenen Ordnungen findet im II. Teil dieser Arbeit statt. Im folgenden wird nun eine weitere Klärung des Tä-

1) Jecht S. 115.

2) s. K. Peters, Grundprobleme der Kriminalpädagogik 1960; Hirschmann, NJW 61/245.

3) So Wolff II § 99 II; Forsthoff S. 442 sieht in der Anst/g die Gesamtheit der Anstaltsfunktionen.

4) Vgl. Forsthoff S. 442.

5) Wolff II § 99 II.

tigkeitsbereiches der Anst/g in sachlicher und in zeitlicher Hinsicht sowie auch in Bezug auf den ihr unterstehenden Personenkreis vorgenommen. Diese Klärung gebietet sich vor allem aus der Sicht der traditionellen Doktrin, die im Anstaltsbenutzungsverhältnis die Geltung des Prinzips des Gesetzesvorbehaltes als Grenze der Anst/g nicht für möglich hielt. Auch die derzeitige herrschende Lehre stellt im Ergebnis nicht weniger als die traditionelle Lehre auf sachliche, zeitliche Gesichtspunkte oder solche, die sich auf den der Anst/g unterliegenden Personenkreis beziehen, ab, wenn sie die "außerrechtliche" Macht der Anst/g durch die Gewährung eines gerichtlichen Schutzes gegen sie zu beschränken versucht. Daß eine aus den erwähnten Gesichtspunkten vorgenommene Beschränkung der Anst/g notwendig auf die Begriffe der "Benutzung" und des "Benutzungsverhältnisses", sofern sie bereits geklärt sind, beruht, wird schon ersichtlich.

§ 30

Welcher Personenkreis unterliegt der Anst/g?

Es kommen drei Personenkreise in Frage, welche der Anst/g unterliegen können.

Den wichtigsten Personenkreis bilden die nach der Anstaltsordnung als Benutzer aufgenommenen Personen. Ihnen wird die Benutzung auf Grund eines Verwaltungsaktes ¹⁾ (Zulassung) eröffnet oder auch auferlegt, falls ein Benutzungszwang vorliegt. An sich funktioniert der Anstaltsbetrieb zu Gunsten dieser Personen. Insofern sind sie der eigentliche Bezugspunkt der Anst/g.

Der zweite Personenkreis besteht aus den Anstaltsfunktionären (Beamte, Angestellte, Personal). Darauf bezieht sich aber die Anst/g nur mittelbar; denn die erwähnten Personen haben die Aufgabe, die Anstaltseinrichtungen den Benutzern zur Verfügung zu stellen und die Benutzung zu überwachen. Sie "benutzen" aber die Anstaltseinrichtungen nicht. Die Anstaltsfunktionäre unterstehen der Leitungs- und Disziplinargewalt der ihnen Übergeordneten ²⁾, damit sie ihre Zuständigkeiten entsprechend dem Gesetz und zum Wohle des Dienstes (Dienstpflicht) ausüben.

Der dritte Kreis umfaßt Personen, die zwar ein Interesse am guten Ablauf des Anstaltsbetriebes haben, die Benutzungseinrichtungen sind aber für sie nicht bestimmt (Besucher ³⁾). Dazu gehören die Krankenbesucher in den Krankenanstalten, die Erziehungsberechtigten der Schüler. Eine Meinung interpretiert das

1) Wolff II § 99 III a; Forsthoff bestimmt die Zulassung als einen "Rechtsvorgang mit bestimmten Rechtsfolgen", S. 362.

2) Vgl. Wolff a. a. O. II 4; Mayer II S. 278.

3) Die Benennung aus Wolff a. a. O. II a.

Wort "Benutzung" extensiv ¹⁾ und läßt unter die Anst/g die Besucher fallen. Eigentlich handelt es sich aber um einen grundsätzlich anderen Personenkreis. Zur Erfüllung ihres Zweckes ist die Anstalt nicht angewiesen im gleichen Maße wie bei den Benutzern, in die Freiheit und das Eigentum der Besucher einzugreifen. Ferner nehmen die Besucher keineswegs so weit die Benutzungseinrichtungen in Anspruch wie die Benutzer. Schließlich wird den Besuchern keine "Zulassung zur Benutzung" erteilt. Denn sie sind nicht "in das Benutzungsverhältnis aufgenommen". ²⁾ Die angeführten Tatbestände bestimmen also den Kreis der Besucher und infolgedessen kommt diesen eine eigene Rechtsstellung gegenüber der Anstalt zu. Der Entwurf der WüVRO Art. 140 schließt aus dem Benutzungsverhältnis und damit aus der Anst/g die Besucher - wie es hier angenommen wird - aus, wenn der Entwurf von einer Unterwerfung unter die Anst/g nur während der Dauer der Benutzung spricht und wenn er außerdem Verpflichtungen des "Benutzers" nur zur "Erfüllung des bestimmungsmäßigen Zweckes" zuläßt.

Ergebnis: Die Besucher unterstehen der Hausgewalt der Anstalt oder einer anderen besonderen Gewalt.

§ 31

Zeitliche Schranken der Anstaltsgewalt

Die Dauer des Benutzungsverhältnisses bestimmt auch die Dauer der Anst/g.

Das Benutzungsverhältnis als Maßstab für die Dauer der Anst/g ist nicht tatsächlich, sondern rechtlich, nach Maßgabe der Benutzungsordnung zu verstehen. Es reicht die Erteilung der Zulassung, um eine tatsächliche von einer rechtlichen Benutzung zu unterscheiden. Mit der Erteilung der Zulassung wird die Benutzung eröffnet und der Benutzer kann und darf - soweit andere Erfordernisse nicht in Frage kommen - rechtlich von den Benutzungseinrichtungen Gebrauch machen. ³⁾ So unterliegt der Benutzer der Anst/g des Museums, des Theaters und dgl. mit der Erteilung - bei formloser Zulassung bestimmt die Benutzungsordnung, welche Tatsachen der Zulassung gleichzustellen sind (z.B. Eintritt) -, ohne daß er mit der tatsächlichen Benutzung angefangen hat.

Das Ende des Benutzungsverhältnisses ermitteln wir aus der Benutzungsordnung. Die Benutzungsordnung bestimmt die beendigende Wirkung auslösenden

1) Nebinger, Verwaltungsrecht S. 145; gleicher Ansicht Mayer II S. 278 Anm. 7.

2) Artikel 143 WüEVRO; gemäß diesem Artikel bezieht sich die Zulassung zur Benutzung nur auf "den in das Benutzungsverhältnis Aufgenommenen".

3) Forsthoff S. 362.

Vorgänge. Sie sind rechtlicher (Ausschluß von der Benutzung) und tatsächlicher (Tod des Benutzers, Zerstörung der Anstaltseinrichtungen) Art. Hat die Anst/g einmal für sämtliche (Auflösung der Anstalt) oder für bestimmte Benutzer (Ausschluß) ordnungsgemäß aufgehört, so entfaltet sie in Zukunft keine Wirksamkeit mehr. Die Anst/g kann demzufolge Fragen aus dem vergangenen Benutzungsverhältnis (Ansprüche auf Rückgabe von Sachen) durch Zwangsausübung nicht mehr erledigen. Der Gesetzgeber vermag aber ausdrücklich zu bestimmen, daß die Anst/g den Untergang des Benutzungsverhältnisses überlebt. Hat es der Gesetzgeber nicht bestimmt, so sind die Rechtsgrundlagen zur Regelung der vergangenen Verhältnisse aus anderen Instituten ¹⁾ (ungerechtfertigte Bereicherung, Treu und Glauben), aus dem Zivilrecht (Klagen zum Schutz des Eigentums) oder auch aus der Strafprozeßordnung (falls der Benutzer eine Straftat gegen die Anstalt begangen hat) zu entnehmen.

Der das Benutzungsverhältnis begründende Akt (Zulassung) ist immer ein Verwaltungsakt. ²⁾ Bei Akten, die das Benutzungsverhältnis beenden, kann ein verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz begehrt werden. ³⁾

Das Anstaltsbenutzungsverhältnis kann durch Auflösung der Anstalt aufhören. Der Benutzer besitzt kein Recht auf Fortbestand der Anstalt. Wenn er einen Anspruch auf Leistung hat, betrifft dieser Anspruch nur den Inhalt der Leistung. Den Benutzer geht es nichts an, ob den Anspruch eine Anstalt oder die Staatsbehörde erfüllen wird. Wird mit dem Selbstaufhebungsakt das objektive Recht verletzt, so sind nur die beaufsichtigenden Stellen berechtigt, sich gegen die Auflösung zu wenden. Eine Auflösung wäre unannehmbar, wenn zwingende Rechtsvorschriften entgegenstünden. Ebenso wenig darf beim Vorliegen zwingender Rechtsvorschriften die beaufsichtigende Stelle (Anstaltsträger) eine Anstalt auflösen; denn zu diesem Zweck bedarf es eines *contrarius actus*, der formell gleichen oder höheren Ranges im Vergleich zu dem stiftenden Akt sein muß.

Das Benutzungsverhältnis hört beim Untergang der Benutzungseinrichtungen (persönliche oder sachliche Mittel) auf. Vorübergehende Hindernisse bei der Benutzung der persönlichen oder sachlichen Mittel haben keine beendigende Wirkung.

Der Tod des Benutzers löst das Anstaltsbenutzungsverhältnis auf, wenn Anstaltsvorschriften nicht das Gegenteil bestimmen. Die Anst/g stellt keinen Rechtstitel mehr zum Eingreifen in den Nachlaß des verstorbenen Benutzers dar. Begleichung von Schulden, Schlüsselerückgabe und dgl. erfolgt nach bürgerlichem Recht.

1) Vgl. Forsthoff S. 367.

2) So die herrschende Lehre; s. Ule VVDStL 15/152 ff m. w. N.

3) So nach herrschender Meinung; s. Ule a. a. O. S. 153 m. w. N.

Der Benutzer darf aus dem Benutzungsverhältnis austreten, soweit kein Anstalts- oder Benutzungszwang vorliegt. Das Recht zum Austritt wird manchmal in den Benutzungsordnungen (vorherige Anmeldung, Einhaltung von Fristen u. a.) geregelt. Der besondere Zeitpunkt der Beendigung des Benutzungsverhältnisses ist dann aus der Auslegung der betreffenden Normen zu ermitteln. Ein Ausschluß oder eine Beschränkung des Austrittsrechts erfolgt nur durch formelles Gesetz.

Der vom Benutzungsverhältnis ausgetretene oder von der Benutzung ausgeschlossene Benutzer ist ein Außenstehender. ¹⁾ Da er keiner Anst/g unterliegen kann, müssen vergangene Verhältnisse des ehemaligen Benutzers zu der Anstalt auf Grund anderer Rechtsvorschriften geregelt werden.

§ 32

Sachliche Bestimmung der Anst/g nach dem Anstaltszweck

Der "besondere öffentliche Zweck" ist nach der traditionellen Lehre das wesentlichste Element des Anstaltsbegriffs ²⁾; daraus ergeben sich sachliche Grenzen für die Ausübung der Anst/g. ³⁾ Denn die Anstalt als ein Stück der öffentlichen Verwaltung nimmt nur einen Teil aus dem Aufgabenbereich der Verwaltung wahr. Dieser "Teil" wird - so die traditionelle Lehre - in dem verfolgten Zweck zusammengefaßt. Verfolgter Anstaltszweck (man meint den allgemeinsten Anstaltszweck, der alle speziellen Anstaltszwecke umfaßt) und wahrgenommene Aufgaben entsprechen einander; denn der Zweck ist nicht weniger als das vorausgedachte Ende der wahrgenommenen Aufgaben. Da jede Anstalt eigene Zwecke verfolgt, bildet der Zweck nur eine relative Grenze.

Die bestimmende Wirkung des Anstaltszweckes auf die Anstaltsaufgaben findet statt wie folgt: Angesichts des verfolgten Zweckes müssen zunächst bestimmte Tätigkeiten, solange die Anstalt funktioniert, unbedingt ausgeübt werden. Sie bilden die erste Pflicht der Anstalt. Andererseits gibt es Tätigkeiten, die offenbar keine Beziehung zum Anstaltszweck haben. ⁴⁾ Da diese Tätigkeiten zweckfremd sind, darf die Anstalt sie nur auf Grund einer rechtlichen (in der Regel gesetzlichen) Vorschrift ausüben.

1) Forsthoff S. 367.

2) So die herrschende Meinung seit Mayer; Mayer II S. 268; W. Jellineck S. 516; Wolff II § 98 I a 6; Heymann § 14; vgl. EWüVRO, Begründung S. 419. Anderer Ansicht sind; W. Weber, Körperschaften, Anstalten ... S. 90 ("Verwaltungseinheit"); Fleiner, Institutionen 8. Aufl. S. 107, 322 (verselbständigte Einheit); Köttgen VVDStL 6/123.

3) So vor allem W. Jellineck S. 516; Forsthoff S. 444; Wolff § 99 II.

4) s. W. Jellineck a. a. O.; vgl. OVG BaWü Bschl. v. 30. 7. 60; Krüger, Stlr. S. 359

Zur Ausübung der Tätigkeiten, die innerhalb des Anstaltszweckes liegen, sieht die überkommene Doktrin die dazu benötigte Ermächtigung in dem verfolgten Zweck selbst. Daß diese Ansicht an die Theorie des rechtsfreien Raumes im Bereich des Anstaltsbenutzungsverhältnisses anknüpft, ist ersichtlich. Man hat also gegen den Anstaltszweck lediglich als Ermächtigungsgrundlage die gleichen methodischen und verfassungsrechtlichen Einwände zu erheben, wie gegen die rechtsfreien Räume (b. G/s). ¹⁾ Wichtig ist nun hier hervorzuheben, daß es sich in Wahrheit um eine Selbst-Rechtfertigung der im Rahmen des Benutzungsverhältnisses wahrgenommenen Aufgaben handelt. Denn indem die Ermächtigung nur auf den verfolgten Anstaltszweck zurückgreift, heißt es diesen Zweck bzw. die wahrgenommenen Aufgaben aus sich selbst zu rechtfertigen.

Die Anstalt bedarf nach Verfassungsrecht überhaupt zur Aufgabenwahrnehmung einer gesetzlichen Ermächtigung. Dieses Erfordernis ergibt sich nicht nur aus der Wirksamkeit der Anst/g gegenüber Außenstehenden. Schon die Tatsache, daß eine Organisation mit einem selbständigen Steuerungsraum ausgestattet wird, eigene Aufgaben wahrnimmt und einen bestimmten Zweck unmittelbar verfolgt (Anstalt ²⁾), weist auf die Notwendigkeit eines gesetzlichen Aktes als Grundlage oder mindestens einer gesetzlichen Zulassung hin. Die herrschende Lehre fordert formell- gesetzliche Ermächtigung zur Entstehung (Aufgabenwahrnehmung) einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts ³⁾, ohne dieses Erfordernis von der Ausübung einer Anst/g (nutzbare Anstalten) abhängig zu machen. Insofern hat man folgerichtigerweise eine auf Gesetz beruhende Festlegung des Zweckes und des Aufgabenbereiches anzunehmen. Im übrigen stellt sich die Frage, warum nicht die gleichen Überlegungen, die das Gesetz als Grundlage für die rechtsfähigen Anstalten rechtfertigen, auch auf die Anstalten überhaupt, wie sie hier bestimmt sind, übertragen werden können. Denn indem die Anstalt durch den rechtlich selbständigen Steuerungsraum gekennzeichnet wird, bildet sie eine teilrechtsfähige organisatorische Einheit, d. h. die Anstalt unterscheidet sich von den sog. rechtsfähigen Anstalten - streng genommen sind sie nach verbreteter Meinung auch "teilrechtsfähige" Einheiten, denn der Begriff der "Vollrechtsfähigkeit" ist im öffentlichen Recht eine seltene Erscheinung ⁴⁾ - nur quantitativ.

Der Anstaltszweck wird also in der Benutzungsordnung primär vom Gesetz festgelegt. Der Richter hat demnach die Aufgabe, zunächst das Gesetz bzw. die Benutzungsordnung zu interpretieren, um prüfen zu können, ob eine Tätigkeit

1) s. u. S. 95 ff; ferner vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt S. 92 m. w. N.

2) s. o. § 7.

3) s. Wölff § 98 III

4) s. Wölff § 98 II a 2; Bachof, ArchÖR 1958/264; Klotz DÖV 1964/138 ff m. w. Hinw.

innerhalb des Anstaltszweckes liegt. Treten Zweifel bei der Interpretation des Anstaltszweckes bzw. des Gesetzes anläßlich des Erlasses von Anstaltsakten auf, so spricht die Vermutung für die richtige Auslegung des Anstaltszweckes durch die Anstaltsorgane; gerechtfertigt wird diese Vermutung dadurch, daß die Anstaltsorgane sich durch besondere Kenntnisse und längere Erfahrung für die Auslegung des Anstaltszweckes im konkreten Falle am besten eignen.

4. ABSCHNITT: DIE DREI ARTEN DER ANST/G

I. KAPITEL

DIE DREI GESTALTUNGEN DES ANSTALTSBENUTZUNGSVERHÄLTNISSES

§ 33

Einführung

Das Benutzungsverhältnis besteht zwischen Anstalt und Benutzern. ¹⁾ Je nach der Art der Aufgabenwahrnehmung erhält es drei grundsätzliche Gestaltungen. Jede der drei Gestaltungen des Benutzungsverhältnisses besitzt eigene strukturelle Merkmale, die für die betreffende Gattung typisch sind. Der dreifachen Unterscheidung des Benutzungsverhältnisses entspricht die Unterscheidung der Anst/g in drei Arten. Vorbehaltlich einer näheren Untersuchung der drei Arten der Anst/g²⁾ werden jetzt - nur um Verwirrungen zu vermeiden - die erste Art "ordnende" oder "ordnungsgewährende" Anst/g, die zweite "eingreifende" und die dritte "pflegende" Anst/g genannt.

Es ist nicht nötig, alle drei Arten der Anst/g in derselben Anstalt vereinigt zu finden. Ordnende Gewalt hat jede Anstalt, solange sie hoheitliche Funktionen ausübt. ³⁾ Die anderen beiden Arten der Anst/g können sich innerhalb der gleichen Anstalt vertauschen. ⁴⁾ Man kann aber entweder die pflegende oder die eingreifende Anst/g als dominierende Gewalten in einer Anstalt ansehen. Das hängt vom Vorliegen bestimmter Merkmale des Benutzungsverhältnisses ab, die die betreffende Anstalt als eine Organisation mit überwiegend eingreifender oder mit überwiegend pflegender Anst/g ausweisen. Beispiele von Anstalten mit eingreifender Anst/g (im folgenden: erste Gruppe genannt) sind die Gefängnisse, die Fürsorgeanstalten, die sog. geschlossenen Krankenanstalten (Irrenheime u. a.) und die Schulen. Die Gewalt anderer Anstalten (im folgenden: zweite Gruppe genannt) besteht haupt-

1) s. o. S. 2 m. Nachw.

2) s. u. Teil II, 1., 2., 3. Abschnitt.

3) s. u. § 34.

4) s. u. S. 65.

sächlich in der Ausübung pflegender Handlungen ¹⁾; hierzu gehören die Versorgungsbetriebe, die Versicherungs- und Bildungsanstalten, die Bereitstellungsbetriebe (Bibliotheken, Archive) und Darbietungsbetriebe (Museen, Theater).

§ 34

Ord nende Tätigkeit der Anstalt (ordnende Anst/g)

Die Komponenten einer ordnenden Gewalt findet man sowohl bei den Anstalten der "ersten" als auch bei den Anstalten der "zweiten" Gruppe.

Um die Benutzungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen und die Leistung zu erteilen, muß die Anstalt bestimmte vorbereitende Handlungen unternehmen. An sich bilden diese Handlungen weder eine eingreifende noch eine pflegende Tätigkeit; denn diese Handlungen gehen den eben erwähnten Tätigkeiten zeitlich voraus oder sie folgen ihnen nach. Andererseits sind diese Handlungen nicht unabhängig. Sie werden zur Erfüllung des Anstaltszweckes ausgeführt, und sie erweisen sich als unentbehrlich - auch wenn das Gesetz nichts darüber erwähnt - zur Vornahme der Pflege oder des Eingriffs (zwecks Benutzung).

Die erwähnten Handlungen können rechtlicher oder tatsächlicher Art sein. Die tatsächlichen Handlungen enthalten keine Regelung ²⁾, haben keine unmittelbare Rechtsfolge, und im Ergebnis üben sie gar keinen Einfluß auf die rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses aus. Man unterscheidet sie ³⁾ in Verrichtungen (z.B. Akteneinsicht, Anlegung von Leitungen und dgl.), in Durchführungshandlungen (Einweisung in eine Fürsorgeanstalt auf Grund eines Verwaltungsaktes) und in Auskünfte ohne Rechtsfolgen.

Unselbständige Rechtshandlungen kommen während des Verfahrens bei dem Erlaß einer selbständigen Rechtshandlung (in der Regel ist sie ein Verwaltungsakt) vor. Die unselbständigen Rechtshandlungen sind aber von den ihnen nachfolgenden oder vorangehenden selbständigen Rechtsakten derart abhängig, daß sie allein Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung haben können; es muß noch die selbständige Rechtshandlung zustande kommen, in der sie zusammengefaßt sind. Eine unselbständige Rechtshandlung liegt z.B. vor, wenn zur Erbringung einer Leistung (Verwaltungsakt) der Beschluß eines beratenden Ausschusses (unselbständige Rechtshandlung) erforderlich ist ⁴⁾. Nicht der Beschluß dieses Ausschusses

1) Zur Beschreibung der "Pflege" s.u. S. 66/67.

2) Vgl. Wolff I § 45 II a; Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen in BayVBl S. 44 ff/1957; Forsthoff S. 182 m.w. Judikatur.

3) Wolff a. a. O.; Forsthoff S. 183.

4) Der Beschluß stellt nur dann eine selbständige Rechtshandlung dar, wenn sein Inhalt für die beratene (und zugleich erlassende) Stelle bindend ist; denn hier entscheidet praktisch der Ausschuß, nicht die erlassende Stelle, wie in dem erwähnten Fall.

ses¹⁾, sondern der darauf ergangene Verwaltungsakt beeinflusst den Interessenkreis des Benutzers. Wird der darauf ergangene Verwaltungsakt angefochten, so werden damit auch die unselbständigen Rechtshandlungen mittelbar nachgeprüft. Die unselbständigen Rechtshandlungen dienen also dem Zustandekommen des pflegenden oder eingreifenden Aktes, haben keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Benutzern, und deswegen kann man die unselbständigen Rechtsakte als den sog. Interna mit Außenwirkung der Anstalt zugehörig ansehen. Meistens werden die Interna mit Außenwirkung von der Rechtsgrundlage des selbständigen Rechtsaktes nicht gedeckt. - Außer diesen Interna entstehen im Rahmen der ordnenden Anstaltstätigkeit Handlungen und Situationen, die zwar zur Gewährung der Leistung und zum Verfügungstellen der Anstaltseinrichtungen beitragen, sie sind aber von selbständigen Rechtsakten kaum abhängig (z.B. Bestimmung von Besuchszeiten).

Da diese wie die erstgenannten Handlungen nicht zum reinen Verwaltungsin'ernum gehören, sondern gewissermaßen Wirkungen auf die Benutzer ausüben - sie können manchmal faktisch überragend wichtig für sie sein -, d.h. die Benutzer betreffen, müssen die für das Außenverhältnis geltenden Verfassungsregeln auch auf diesen Handlungsbereich (Tätigkeitsbereich der ordnenden Anst/g) Anwendung haben. Die Rolle der Handlungen dieses Bereiches besteht in der Herbeiführung einer Ordnung, die für den Betrieb der Anstalt vielfach unentbehrlich ist. Die für die Handlungen des ordnenden Anstaltsbereiches von der Verfassung her geforderte gesetzliche Grundlage findet sich, wenn nicht in der die selbständige Rechtshandlung regelnde Norm (hier aber mindestens in der Form einer ausdrücklichen Ermächtigung), so doch in weiteren Rechtsinstituten nach den Darlegungen des nächsten Abschnittes.

§ 35

Eingreifende und pflegende Tätigkeit der Anstalten (eingreifende und pflegende Anstaltsgewalt)

Das Benutzungsverhältnis nimmt nicht bei jeder Anstalt die gleiche Gestalt an. Bestimmte Merkmale ermöglichen die Unterscheidung zweier Gestaltungen des Benutzungsverhältnisses. Damit haben wir zwei Anstaltsgruppen: die "erste Anstaltsgruppe" (nämlich Anstalten, die hauptsächlich eingreifend ihre Aufgaben

1) Solche Ausschüsse sowie andere Verrichtungen rufen oft die Anstalten ins Leben aus verschiedenen Gründen: z.B. durch diese Ausschüsse wird die Richtigkeit eines Beschlusses besser gewährt oder auf die Interessen der Benutzer (Beteiligung der Einzelnen an der Verwaltung der Anstalt) mehr Rücksicht genommen; vgl. Jecht S. 117; für die Rundfunkanstalten s. auch Forsthoff S. 435.

erfüllen) und die "zweite Anstaltsgruppe" (nämlich Anstalten, die hauptsächlich ihre Aufgaben pflegend erfüllen). Eine allgemeine Betrachtung des Benutzungsverhältnisses genügt, um die Komponenten dieser Unterscheidung klarzumachen.

a) Hinsichtlich des angetasteten Rechtsgutes des Benutzers kann man einen Unterscheidungspunkt der Anstalten der "ersten" von der "zweiten" Gruppe erkennen. Bei den Anstalten der ersten Gruppe ist die Beschränkung der Freiheit der Person in weitem Umfang gemeinsames Charakteristikum. Es werden bezüglich der Freiheit Einschränkungen in den einfachsten und elementarsten Formen auferlegt, wie z. B. die Beschränkungen der Bewegungsfreiheit der Gefangenen, der Insassen der Irren- und Besserungsanstalten und unter Umständen der Schüler. Die Beschränkungen dieser Art hindern die Ausübung anderer Freiheiten, die die Bewegungsfreiheit voraussetzen (Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit, das Grundrecht, Ausbildungs- und Arbeitsstätten frei zu wählen). Auch die Unverletzlichkeit der Wohnung wird dadurch bei besonderen Anstalten dieser Gruppe (Gefängnisse, Fürsorge- und Krankenanstalten) unvermeidlich aufgehoben. Bei den Anstalten der ersten Gruppe kommen noch Einschränkungen des Postgeheimnisses vor. - Die angeführten Einschränkungen sind mit der Funktion der Anstalten der ersten Gruppe eng verbunden; es wäre unmöglich, an die Anstalten der behandelten Gruppe zu denken, ohne erhebliche Beschränkungen der erwähnten Freiheiten in Kauf zu nehmen. Auch Vermögensrechte werden manchmal von den Anstalten der ersten Gruppe beeinträchtigt. Hier aber nehmen die Vermögensbeeinträchtigungen - soweit sie stattfinden; denn es gibt Anstalten aus dieser Gruppe (Gefängnisse, Fürsorgeanstalten), die keine Gebührenordnung erlassen - im Vergleich zu den Freiheitsbeschränkungen eine sekundäre Stelle ein.

Bei den Anstalten der zweiten Gruppe wird in die Freiheit der Person nicht in dem oben beschriebenen Umfang eingegriffen. Auch wenn ein Eingriff in die persönliche Freiheit vorgenommen wird, ist die Art des Eingriffs milder und sein Maß niedriger als bei den Anstalten der ersten Gruppe. Außerdem werden häufig die Freiheitsbeschränkungen - als Freiheitsbeschränkung wird hier auch der Ausschluß aus lebenswichtigen Leistungen angesehen - deshalb verhängt, weil der Benutzer seine Gegenleistungspflichten (Eintritts-, Benutzungsgebühren) nicht erfüllt hat. Die Freiheit wird hier nicht primär (wie bei der ersten Gruppe), sondern sekundär eingeschränkt.

b) Unterschied nach dem jeweiligen Grad der persönlichen Gewaltausübung.

Der Vergleich beider Anstaltsgruppen macht einen anderen Unterschied sichtbar. Die Anstalten der zweiten Gruppe handeln bei der Gewährung der Leistung einheitlich. ¹⁾ Die Besonderheiten des Einzelfalles (die Benutzung durch

1) Vgl. Forsthoff, Rechtsfragen S. 16, 29, 33.

den konkreten Benutzer) interessieren hierbei nicht. Alle Benutzer haben das gleiche Bedürfnis, und die Benutzung wird auf gleiche Art oder auf mehrere, aber begrenzte gleiche Arten vorgenommen (so die Versorgungsbetriebe, die Rundfunkanstalten, die Museen und die Banken). Dieser Umstand ermöglicht und fordert die Entwicklung eines typisierten Rechtsverhältnisses zwischen Anstalt und Benutzern. Der Benutzer interessiert sich dafür, daß die ihm zuerkannte Leistung gewahrt wird; sie kann eine Sach-, (Versorgungsbetriebe) Geld- (Versicherungs-, Bankanstalten) oder Dienstleistung (Museen, Bibliotheken) sein. Wie der Benutzer die Leistung für seine persönlichen Bedürfnisse ausnutzen möchte, liegt weitgehend bei ihm selbst. Das ist nicht Aufgabe der Anstaltsgewalt. Deshalb tritt die Anst./g in gleichförmiger und schematisierter Weise in Erscheinung.

c) Unterschied nach der Gewichtigkeit der persönlichen und sachlichen Mittel

Ein dritter Unterschied, der dem oben beschriebenen nahe liegt, ist allerdings in der Mayer'schen Anstaltsdefinition nicht enthalten. Man kann aber bei der Mayer'schen Definition einen Anhaltspunkt darin sehen, daß Mayer unter dem Begriff der Anstalt "sachliche" Mittel und "persönliche" Mittel zusammenfaßt. Da diese persönlichen und sachlichen Mittel Gegenstand der Benutzung sind, könnte man untersuchen, welche der genannten Mittel mit der ersten oder zweiten Anstaltsgruppe enger verbunden sind.

Bei den Anstalten der zweiten Gruppe wird das Schwergewicht der Benutzung, von der Seite des Benutzers betrachtet, mehr auf "sachliche" als auf "persönliche" Leistungen gelegt. Die "sachlichen" Mittel umfassen die Einrichtungen der Anstalt, die als Sachen oder als andere Gegenstände zur Benutzung bestimmt sind (Statuen eines Museums, Betriebsanlagen, soweit sie der Benutzung unmittelbar dienen, die Geldmittel bei den Versicherungsorganisationen). Für den Benutzer dieser Anstaltsgruppe ist wichtiger das Zur-Verfügung-Stellen der sachlichen Mittel zur Benutzung (sachliches Substrat) als die dieses Substrat bedienenden Anstaltsfunktionäre.

Bei den Anstalten der ersten Gruppe wird das Schwergewicht auf die persönlichen Dienste ("persönliche Mittel") der Anstaltsorgane gelegt. Für den Benutzer ist hier wichtig, was der Pädagoge, der Arzt, der Fachmann als solcher überhaupt leistet. Das Verhältnis des Anstaltsorgans zu dem Benutzer wird also höchst persönlich. 1)

1) Nach Krüger VVDStL 15/115 wird das besondere G/s "von Personen her bestimmt".

Der Inhaber der Gewalt, so sagt Krüger, sei ein "Herr", etwa als Dienstherr oder als Anstaltsherr. Derartige Herrschaftsbeziehungen sind aber der Staatskonzeption des GG durchaus fremd. Sie sind auch keineswegs begriffsnotwendig für das Vorliegen einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die "Personalbeziehung" wird von W. Weber VVDStL 15/188 als immanentes Merkmal des Anstaltsbenutzungsverhältnisses angesehen. Jecht S. 114 nennt das Verhältnis des Lehrers, Arztes, Bundesbeamten zu dem Benutzer "sachlich-technisches" Verhältnis.

d) Unterschied nach der Form der ausübenden Gewalt

Ein weiterer Unterschied bezieht sich auf die Mittel der Machtausübung¹⁾, welche die Anstalt bei der Bewältigung ihrer Aufgaben in Angriff nimmt. In beiden Anstaltsgruppen wird die Verwaltung hoheitlich tätig.²⁾ Aber die bei jeder Gruppe verwendeten Mittel sind nicht gleicher Form. Das Moment des Zwanges tritt nämlich in verschiedener Schärfe auf.

Den Anstalten der ersten Gruppe sind adäquat die herkömmlichen Mittel der Machtausübung, nämlich das Gebot, Verbot, kurzum der obrigkeitliche Zwang.

Den Anstalten der zweiten Gruppe ist dagegen ein Verzicht auf unmittelbaren Zwang in der oben bezeichneten Form eigen. Allerdings kommt das obrigkeitliche Element auch hier - etwa im Anschluß- oder Benutzungszwang - zum Ausdruck. Da diese Anstalten kaum oder nur in geringem Umfang von Zwangsmitteln Gebrauch machen müssen, vermögen sie innerhalb des ihnen zukommenden Gestaltungsraumes das Benutzungsverhältnis freier zu gestalten. Die Frage nach einer gesetzmäßigen Anstaltsverwaltung geht dann dahin, welche Grenzen an die faktische Überlegenheit der Anstalt bei der Ausübung öffentlicher Verwaltung zu ziehen sind.

e) Unterschied nach der Art der Finanzgebahrung

Die beiden Anstaltsgruppen haben, betriebswirtschaftlich gesehen, eine unterschiedliche Organisation. Der betriebswirtschaftliche Unterschied gründet sich auf die unterschiedliche Funktion, die die verschiedenen Aufgaben implizieren. So sieht sich der Staat gezwungen, die Funktion der Anstalten der ersten Gruppe unter allen Umständen zu sichern. Die Funktionskosten dieser Anstalten hat der Staat zu tragen, wenn ihr eigenes Einkommen (etwa aus Vermögen) dazu nicht ausreicht, wie dies in der Regel der Fall ist.³⁾ Sie sind also zuschußbedürftige Betriebe; denn der Preis der Benutzung (falls Benutzungs- und andere Gebühren verlangt werden) wird nicht auf der Basis des Prinzips der Kostendeckung bestimmt.⁴⁾

Die Organisation der Anstalten der zweiten Gruppe und ganz besonders der Versorgungsbetriebe ist betriebswirtschaftlich anders eingerichtet. Hier wird im Gegensatz zu den Anstalten der ersten Gruppe kaum auf die Person des Leistungsvollziehers abgestellt. Da die Interessen des Benutzerkreises gleicher Art sind,

1) Vgl. Rupp DVBl 1958/115; Bachof, Referat S. 63.

2) Vgl. Rupp a. a. O.; Bachof, Referat S. 62; Wolff II § 99 IV, V.

3) Der wirtschaftliche Zustand des Durchschnittsbenutzers dieser Anstalten (Fürsorgeheime, Gefängnisse) erlaubt kaum den Erlaß von Benutzungsgebühren und dgl.

4) Mellerovicz I S. 131, 132.

wird auch die Leistung vereinheitlicht (standardisiert). Erst das Vereinheitlichen (Standardisieren) der Leistung ermöglicht eine sehr weitgehende Rationalisierung des Anstaltsbetriebes. Hierbei entstehen sehr wichtige organisatorische Fragen über die Wirtschaftlichkeit des Produktionsprozesses der Anstaltsleistung. Andererseits wird das Einkommen der Anstalt aus Gegenleistungen des Benutzers (Anschlußkosten, Benutzungsgebühren, erhöhte Gebühren aus Sondernutzungen) erheblich gesteigert. Das macht eine Kostendeckung des Betriebes aus dem Einkommen der Anstalt möglich, wenn auch nicht durch die einzelne Leistung, so doch insgesamt, d. h. im Rahmen einer ganzen Wirtschaftsperiode. Im Hinblick auf die einzelnen Leistungen wird bei der Preisbildung die Aufrechterhaltung des sog. Wertprinzips ¹⁾ angestrebt. Da die Anstalten der behandelten Gruppe - besonders die Versorgungsbetriebe - bei der Preisbildung (auf kurze oder lange Zeit) auf das Prinzip der Kostendeckung ausgerichtet sind, erweisen sie sich als in der Regel nichtzuschußbedürftige Betriebe.

II. KAPITEL

§ 36

Die Momente des Eingriffs und der Pflege

Die vorangegangene Untersuchung ergab die Komponenten zweier verschiedener Anstaltsgruppen und damit zweier verschiedener Strukturen der Anst/g; nämlich die pflegende und die eingreifende Anst/g. Ferner ergab sich die Funktion einer ordnenden Anst/g. Die Benennungen; eingreifende, pflegende, ordnende Anst/g beruhen auf einer entsprechenden Unterscheidung ²⁾ der Verwaltungstätigkeit, die auch im Rahmen des Anstaltsbenutzungsverhältnisses vorhanden ist.

1) Mellerovicz a. a. O.

2) So Wolff I § 3 II c 1, 2 - b 1, 4; Forsthoff S. 35, 38, 113, 118, 198 f, 321, 360, 462; die hier: "pflegende" Tätigkeit bestimmt Forsthoff als "leistende". Die Benennung "pflegende" ist jedoch genauer - zu dem Versuch eine. Teiles der Theorie die Bestimmung: Leistung zu überspannen und darunter nahezu jede Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung fallen zu lassen s. Becker VVDStL 14, Leitsätze 2, 3; Rupp DVBl 1958/115, 116 - und belegt vollständig die behandelten Tatbestände. Die Bestimmungen "Eingriff" und "Pflege" beziehen sich mehr auf die Form der Tätigkeit als auf den Inhalt der Anst/g (s. Wolff a. a. O., insb. § 3 II c 1). Die "Pflege" bezieht sich auf anstaltliche Leistungen (Wolff a. a. O.). Die Benennung "ordnende" (vgl. Forsthoff S. 360; von Wolff wird sie z. T. "Bedarfsverwaltung" genannt) kann den Inhalt der Anstaltstätigkeit betreffen; ebenso Ellwein S. 121/122 (bei ihm Organisationsverwaltung genannt).

Die Unterscheidung zwischen eingreifenden und pflegenden Anstalten bringt bloß den Schwerpunkt der Anstaltsfunktionen zum Ausdruck; es fehlt also bei dieser Unterscheidung die juristische Präzision, welche für die Erörterung der Vorbehaltsproblematik in Bezug auf die eingreifenden und pflegenden Anst/g, nämlich ob und wie weit beide der gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, notwendig ist. Man könnte sagen: die eingreifende Anst/g wird durch das Moment des Eingriffs gekennzeichnet, während die pflegende Anst/g durch das Moment der Pflege bestimmt wird. Das würde aber nur im allgemeinen stimmen; denn beide Momente vertauschen sich im Anstaltsbenutzungsverhältnis. Pflegende Handlungen finden nicht nur innerhalb der pflegenden Anstalten statt. Andererseits kann die pflegende Anstaltsverwaltung ohne Eingriffe nicht auskommen, wie das Beispiel des Erlasses von Benutzungsgebühren und des Benutzungszwanges zeigt.

Im folgenden wird versucht, die Momente des Eingriffs und danach der Pflege näher zu behandeln; dieser Versuch hat von der Verfassung auszugehen.

Die Freiheit und das Eigentum bilden die Schutzgüter des Individuums nach vielen älteren deutschen Verfassungen. Der staatliche "Eingriff" ¹⁾ in den durch die Verfassungsurkunden abgegrenzten Individualbereich war an die Mitwirkung des Parlaments gebunden. Beide Schutzgüter gehören ideengeschichtlich sowie dogmatisch-systematisch zusammen; sie stellen nur eine verschieden geartete Anerkennung des gleichen Freiheitsgedankens dar. Die Rückbeziehung des unter der Kontrolle der Volksrepräsentanten stehenden Individualbereiches (Vorbehalt) auf einen gemeinsamen Komplex ist jedenfalls systematisch folgerichtig. ²⁾ G. Jellineck hat diesen Komplex als status negativus oder status libertatis bezeichnet. ³⁾ Wie die älteren Verfassungsurkunden schreibt auch das GG (vgl. Art. 2 I, 14 I, die anderen Grundrechtsbestimmungen) eine Individualsphäre vor, die prinzipiell jedem staatlichen Eingriff entzogen ist; sie darf weder "beschränkt" noch "verletzt" werden; es darf auch nicht in sie "eingegriffen" werden, es sei denn, daß ein Gesetz nach Maßgabe des Art. 19 I, II GG zum Eingriff ermächtigt. Der Wesensgehalt darf in keinem Fall "angetastet" werden.

Den erwähnten Verfassungsbegriffen (Eingriff, Beschränkung, Antasten) ist gemeinsam eine "Belastung", welche sich auf die betroffene Person bzw. auf ihre Individualsphäre (status) bezieht. Mit dem Wort "Belastung" kann man also zusammenfassend jede Handlung des Staates erfassen, die den status libertatis (Freiheit und Eigentum) beeinträchtigt. Demnach liegt ein Eingriff im

1) So der eingebürgerte Ausdruck in der Wissenschaft; vgl. aus der neuen Literatur Wolff § 30 III, Rupp S. 3 ff, Jesch S. 34, Forsthoff S. 114 ff.

2) So Jesch S. 125; vgl. Rupp S. 110 ff.

3) System S. 94 ff, 102 f; etwa gleiches Ergebnis bei Mayer Bd. I S. 70 f.

technischen Sinn vor, wenn die Individualsphäre des Einzelnen (Grundrechte, andere subjektive Berechtigungen) durch staatliche Handlungen beeinträchtigt und gehindert wird.

Schwieriger wird die Beurteilung, wenn mit dem belastenden Akt zugleich Begünstigungen für dieselbe Person verbunden sind. Das ist der Fall der begünstigenden Auflagen und Bedingungen für den Betroffenen. Dabei ist der Schwerpunkt des Aktes festzulegen, d. h. ob der vorliegende Akt - als Einheit betrachtet - eine Belastung oder eine Begünstigung letzten Endes darstellt. Diese Art der Betrachtung hat beim Vorliegen einer Bedingung immer Platz; denn die Bedingung ist nach herrschender Meinung integrierender Bestandteil des ihr zu Grunde liegenden Aktes und bedarf deshalb keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.¹⁾ Die Auflage hat man dagegen von dem Akt meistens zu unterscheiden, mit dem sie verbunden ist; denn sie bildet keinen integrierenden Bestandteil des Aktes, sondern einen selbständigen Akt, der allerdings hinsichtlich seines Bestandes von demjenigen Akt abhängt, zu dem die Auflage ergangen ist.

Das Schulbeispiel einer pflegenden Staatshandlung im GG ist in der Vorschrift des Art. 6 IV (Recht der Mutter auf Fürsorge der Gemeinschaft) enthalten. Diese Vorschrift richtet sich nach der herrschenden Meinung nur an den Gesetzgeber.²⁾ Sie ist eine rechtserhebliche Anweisung an ihn, dieses subjektive Recht genauer zu bestimmen. Ungeachtet der Frage nach der unmittelbaren Geltung³⁾ des Art. 6 IV GG beinhaltet diese Vorschrift ein soziales Grundrecht; denn dem Subjekt wird unmittelbar ein Anspruch auf positives Tun (Pflege) des Staates eingeräumt.

Pflegende Tätigkeit üben der Staat und die Anstalten auch aus, wenn z. B. Einrichtungen zur unmittelbaren Benutzung für einen nach besonderen oder generellen Merkmalen bestimmten Personenkreis gestellt werden (Museen, Staatstheater, Versorgungsbetriebe). Diese Einrichtungen werden in der Regel "freiwillig" benutzt. Ein Anschluß- oder Benutzungszwang wird dann eingeführt, wenn ein dringendes öffentliches Bedürfnis es rechtfertigt. So ist es mit den der Volksgesundheit dienenden Anstalten (Schlachthöfe, Wasserversorgungsbetriebe, Müllabfuhr). Mit der Einführung eines rechtlichen Zwanges werden hier wesentliche Nachteile für die Allgemeinheit (also auch für den Benutzer) abgewendet. Für den

1) Wolff § 49 I B; Forsthoff S. 197 m. w. L.

2) s. MD Komm. zu Art. 1 III GG Nr. 95 Anm. 5; OVG Münster, DVBl 52/150 ff und Hamann S. 118 sehen in Art. 6 IV GG die Gewährung "der Formulierung nach" eines echten (sozialen) Grundrechts.

3) Dazu Hild, Krüger DÖV 57/356, Maunz S. 85, Maunz-Dürig Komm. zu Art. 1 III GG a. a. O.

Benutzer persönlich liegt das pflegende Moment - auch beim Vorliegen eines rechtlichen Zwanges zur Benutzung - in der Gewährung ¹⁾ (z. B. billiger oder unter anderen vorteilhaften Bedingungen) der anstattlichen Benutzung.

1) Vgl. zur Begriffsbestimmung (Leistung) Forsthoff S. 323 f; ferner s. Wolff III § 137 II, der sich für eine terminologische und begriffliche Unterscheidung der pflegenden (leistenden) von der eingreifenden (ordnenden) Verwaltungstätigkeit ausspricht.

II. Teil: DIE GESETZMÄSSIGKEIT DER ANSTALTSGEWALT

I. ABSCHNITT: ORDNENDE ANSTALTSGEWALT

I. KAPITEL

§ 37 Einführung

Im Rahmen dieses Abschnittes wird der Fragenkreis behandelt, der sich auf die ordnende Anst/g bezieht.

Die ordnende Tätigkeit erscheint in mehreren Formen bei den Anstalten ¹⁾, und sie ist "öffentliche Verwaltung" wie die pflegende und eingreifende Anstaltstätigkeit. Da die ordnende Anstaltstätigkeit Ausübung öffentlicher Verwaltung ist und sich auf das Verhältnis der Verwaltung zu außenstehenden Personen (Benutzer) bezieht, muß sie nach dem Sinngefüge der Verfassung rechtliche Grundlagen besitzen. Daher kann die Ausübung von ordnenden Anstaltstätigkeiten nicht durch den "verfolgten Zweck" gerechtfertigt werden, auch wenn er zum normativen Faktor erhoben wird. ²⁾ Die Gesetze enthalten nur ausnahmsweise Vorschriften, die auf der ordnenden Anstaltstätigkeit unmittelbar beruhen (gesetzliche Regelung, gesetzliche Ermächtigung der Verwaltung zur selbständigen Wahrnehmung). Den fehlenden Gesetzgeber kann hier die Verfassung ersetzen, wenn bestimmte Verfassungsvorschriften für die Anstalten des öffentlichen Rechts überhaupt (so ist es mit dem Begriff der vollziehenden Gewalt ³⁾ in Art. 1 III, 20 II GG) oder nur für bestimmte Gruppen davon (so ist es mit anderen besonderen Verfassungsvorschriften ⁴⁾) für die Anstalten der ersten Gruppen) nutzbar gemacht werden.

Der Begriff der vollziehenden Gewalt ist aber unbestimmt - unbestimmt bleibt auch der in den besonderen Verfassungsvorschriften enthaltene Sinngehalt - und bedarf als Ermächtigung zur Wahrnehmung ordnender Tätigkeiten weiterer Konkretisierung. Diese Konkretisierung vermag die sog. hierarchische Gewalt (Direktionsgewalt) anzubieten, soweit sie sich auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen läßt. ⁵⁾ Die Rechtsvorschriften, welche die Direktionsgewalt (im folgenden: Dir/g) normativ festlegen, brauchen in diesem Fall keine ausdrückliche Ermächtigung zur Wahrnehmung von ordnenden Angelegenheiten, die auf die Anstaltsbenutzer wirken, zu enthalten. ⁶⁾ Denn dem Sinn der Dir/g entspricht

1) s. u. § 40 in Verb. m. § 34.

2) s. u. § 43.

3) s. u. Kap. II.

4) s. u. § 44.

5) s. u. § 39.

6) s. u. S. 74.

auch eine begrenzte und indirekte Wirkung nach außen ¹⁾; insofern kann man in der Dir/g eine implizierte Ermächtigung zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten, die nach außen wirken, sehen. Indirekt ist die Wirkung, weil die Dir/g im Prinzip sich nicht an die Benutzer, sondern an die Anstaltsfunktionäre (Interna) wendet. ²⁾ Sie erlangt nur dadurch gegenüber dem Benutzer Wirkungen, daß sie den Anstaltsfunktionären in Bezug auf die ordnende Tätigkeit der Anstalt ein bestimmtes Verhalten vorschreibt. Begrenzt ist die Wirkung der Dir/g, da durch sie weder Eingriffe vorgenommen werden noch Ansprüche auf Leistungen statuiert werden können.

Der Begriff der Dir/g wird bestimmt durch ihre verwaltungsinterne Verbindlichkeit (Verwaltungsvorschriften, -verordnungen, -anweisungen und dgl.). Die Dir/g ist im Sinne der "vollziehenden Gewalt" enthalten ³⁾; es besteht aber keine verfassungsrechtliche Garantie für ihren Bestand und ihre Unabänderlichkeit als eine die Organisation der öffentlichen Verwaltung regelnde Gewalt. Damit ist nicht gesagt, daß die Verfassung wesentliche Merkmale der Dir/g (Abhängigkeitsverhältnis des Unter- zu dem Übergeordneten) überhaupt verkennt; denn das GG bringt z.B. im Art. 37 II ("Weisungsrecht"), 84 V (Befugnis der Bundesregierung für besondere Fälle Einzelweisungen zu erteilen ⁴⁾), 85 (Auftragsverwaltung der Länder ⁵⁾) das Schema einer Über-Unterordnung und dazu noch das Moment der Abhängigkeit des Unter- von dem Übergeordneten deutlich zum Ausdruck. Die Dir/g ist mit dem organisatorischen Aufbau (Stellenaufbau) der Anstalten verbunden. ⁶⁾ Dieser Aufbau erscheint in der Form einer Stabs- oder Linienorganisation; aus beiden Organisationsformen ergeben sich besondere Kontrollbefugnisse des dienstlich übergeordneten auf den dienstlich untergeordneten Amtswalter, welche auch auf die Wahrnehmung von Dienstangelegenheiten mit Außenwirkung Einfluß haben. Die Dir/g, wie sie hier gemeint ist, bildet einen formellen Rechtsvorgang; denn der Inhalt der wahrzunehmenden Ord-

1) Vgl. P. Meyer S.134.

2) s.u. S. 72, 75 f.

3) s.u. § 38.

4) Beim Art. 84 V kommt das Moment der hierarchischen Abhängigkeit deutlich hervor. Art. 84 V GG verleiht der Bundesregierung die Befugnis, Einzelweisungen im Dringlichkeitsfalle an nachgeordnete Behörden der Landesregierung zu erteilen. Entsprechende Befugnisse sehen Art. 37 II (Bundeszwang) und Art. 128 (Anwendungsbereich fortgeltender Vorschriften) vor.

5) Es handelt sich bei diesem Artikel nicht um eine "mittelbare Bundesverwaltung", sondern um eine Landesverwaltung nach Weisungen (Art. 85 III GG-Gesetz- und Zweckmäßigkeitkontrolle) des Bundes; s. Maunz S.213 f; Herrfahrdt, Bonner Kommentar zu Art. 85.

6) s.u. § 41.

nungsangelegenheiten wird nur die Eigenart der Austalt bestimmen. Die Dir/g unterliegt in ihrem Bereich wichtigen verfassungsrechtlichen ¹⁾ (institutionelle Garantien, Menschenwürde) und aus dem Begriff der Kompetenz ²⁾ sich ergebenden Beschränkungen.

Eine weitere Rechtsgrundlage zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten - falls die Dir/g (Hierarchie) nicht auf gesetzliche Grundlage zurückführbar ist - konnte man aus dem Grundsatz der Kontinuität herleiten. ³⁾ Dieser Grundsatz dient der schrittweisen Anpassung an die neuen Anforderungen der Verfassung ⁴⁾, welche die Verwaltung an die strenge Anwendung des Gesetzes bindet. Der Grundsatz der Kontinuität gilt nur für eine Übergangszeit. Die Frage: Wie lange wird die Übergangszeit dauern, kann nur nach dem konkreten Fall entschieden werden.

§ 38

Die Dir/g als Element der vollziehenden Gewalt

Das GG (Art. 20 II, III, Art. 1 III) hat in bewußter Abkehr von der Weimarer Reichsverfassung und von der Verfassung des deutschen Reiches das Wort "vollziehende Gewalt" anstelle der "Verwaltung" ⁶⁾ vorgezogen. Damit hat es die dritte Staatsgewalt, nämlich die Exekutive, bestimmt. Auch in der Änderung des GG vom 19.3.1956 wird die "Verwaltung" durch das Wort "vollziehende Gewalt" ersetzt. Diese adjektivierte Ausdrucksweise - es geht grammatisch gesehen, nicht bloß um einen "Vollzug", sondern um eine "vollziehende Gewalt" ⁷⁾ - deutet

1) s. u. § 42 a, b.

2) s. u. § 42 c.

3) s. u. § 45.

4) Vgl. Thoma, Der Polizeibefehl ... S. 112.

5) Hierzu vgl. Thoma op. cit. S. 113; Jesch S. 236.

6) In RV v. 1871 wird die Bestimmung "Verwaltung" nicht allein, sondern zusammen mit anderen Worten (Postverwaltung in Art. 51, Eisenbahnverwaltung in Art. 46, Verwaltungsbehörden in Art. 50, Verwaltungsvorschrift in Art. 38) verwendet. Das "Präsidium" (Art. 11) übt Regierungs- und Verwaltungstätigkeiten aus. Das Wort "Verwaltung" allein wird aber in Länderverfassungen jener Zeit erwähnt. - Der 6. Abschnitt der WRV umschreibt den Aufgabenkreis der "Reichsverwaltung".

7) Das GG bestimmt nirgendwo dem Wesen nach das Aufgabengebiet der vollziehenden Gewalt, s. Hamann S. 50. Anders ist es mit der Rechtsprechung (vgl. Art. 92 ff GG) und der Gesetzgebung (vgl. Art. 73 f GG), wo ein Minimum von Zuständigkeiten umschrieben ist. - Eine geschichtliche Interpretation der Bestimmung "Verwaltung" (z. B. was man darunter verstand nach der WRV) erweist sich als wenig brauchbar, da die "vollziehende Gewalt" das erste Mal im GG erwähnt wird.

eine Wandlung in der Funktion der Exekutive an, welche sich an sich aus der ganzen Struktur des GG ergibt ¹⁾. Nach dem GG wird die Stellung der Exekutive wesentlich geschwächt; sie hat keinerlei Kontrollbefugnisse gegenüber den beiden anderen Staatsgewalten; sie wird der gerichtlichen Kontrolle (Art. 19 IV GG) hinsichtlich ihrer gesamten Tätigkeit unterworfen; ferner wird sie kraft Art. 80 I auf die Konkretisierung des Gesetzesbefehles beschränkt. ²⁾ All das zeigt, daß die Exekutive des GG als eine Tätigkeit, als ein zum Vollzug des Gesetzes funktionierender Apparat aufgefaßt wird. Dies tut die Exekutive eigentlich im Rahmen ihrer Interna. Hier darf die Exekutive durch Verwaltungsvorschriften, -verordnungen, -anweisungen ihre innere Organisation am geschicktesten gestalten, damit das Gesetz am besten durchgeführt wird und ihre öffentlichen Zwecke am zuverlässigsten erreicht werden.

Der eben ausgesprochene Standpunkt über die Stellung der vollziehenden Gewalt im GG wird auch durch einen Vergleich dieser Staatsgewalt mit der "Gesetzgebung" und der "Rechtsprechung" gefestigt. Bei den letzten Staatsgewalten ist gemeinsam, daß ihre "Tätigkeit" eigentlich in der Festlegung eines Urteiles (Gesetz, Richterspruch) besteht, dessen Verfahren streng durchnormiert ist. Dieses Urteil bildet einen Rechtsvorgang, welcher seine Stellung in der übersinnlichen Welt hat. Die Ausführung des Urteiles (Vollziehung) ist aber ein anderer Vorgang, für den die Exekutive des GG (als Tätigkeit) zuständig ist. Der Verfassungsgeber hat also bei der Erfassung der "vollziehenden Gewalt" mehr an die Tätigkeit an sich, nämlich als eine auf Vollzug gerichtete Tätigkeit zur Verwirklichung von Staatszwecken gedacht ³⁾, denn als an das Ergebnis, welches aus seiner Tätigkeit hervorgeht (wie bei der Gesetzgebung und Rechtsprechung).

Ist das Moment der Tätigkeit (Funktionieren) in dem Begriff der vollziehenden Gewalt enthalten, so darf diese Staatsgewalt darüber entscheiden, auf

1) s. Jesch S. 92 ff; Rupp S. 113 ff.

2) Jesch S. 95. Vgl. auch den Sinn des Verw/aktes als der Regelung eines Einzelfalles; O. Mayer 1. Aufl. I S. 76, 77, 93, 97, 98; Wolff § 46 V; ForsthoFF, S. 18 § 25 d. Verord. Nr. 165 d. Mil.-Reg. (brit. Gebiet) aufgehoben durch § 195 II 2 VwGO

3) Das dynamische Moment der "vollziehenden Gewalt" kann sich aus dem Vergleich dieser Wortbestimmung mit den anderen Wortbestimmungen ergeben, die das GG zur Kennzeichnung der anderen zwei Staatsgewalten verwendet. Bei der Kennzeichnung dieser fehlt nämlich das Zusatzwort "Gewalt"; vgl. Art. 20 II, III Art. 1 III GG. Die Tätigkeit wird damit zum eigentlichen Merkmal der vollziehenden Gewalt. Diese Eigentümlichkeit der vollziehenden Gewalt findet man bereits bei L. v. Stein, Verwaltungslehre Bd. I S. 31 ff; der Sache nach ähnlich ForsthoFF ("Arbeitsvorgang") S. 383, 384.

welche Art sie zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben - sie werden allerdings vom Gesetz bestimmt - funktionsfähig wird. Damit schneidet man die Frage nach der inneren Organisation der Verwaltung, insb. der Anstaltsverwaltung, an. Aus dem organisatorischen Aufbau der Anstaltsverwaltung - er mag in der Form einer Linien- oder Stabsorganisation ¹⁾ erscheinen - ergeben sich besondere Kontrollbefugnisse des übergeordneten auf das untergeordnete Organ. Das übergeordnete Organ bewirkt den Aufgabenkreis des untergeordneten Organs durch abstrakte oder konkrete, negative oder positive, präventive oder repressive Weisungen (Dir/g). Die Kontrolle umfaßt meistens eine Zweckmäßigkeitsprüfung der Diensthandlungen des Untergeordneten, vor allem aber wird sie ausgeübt, um die richtige Anwendung des Gesetzes in konkreten Fällen zu steuern. Das Recht, welches die Dir/g durch die Kontrollausübung erzeugt, ist entgegen der These der überkommenen Doktrin (Impermeabilitätslehre) echtes Recht; auch interne Verwaltungsvorschriften und Organisationsbestimmungen sind echte Rechtsnormen, indem sie rechtliche Pflichten der Organe und Organwalter begründen. ²⁾

§ 39

Voraussetzungen für die Außenwirkung der Normen der Direktionsgewalt

Damit das erwähnte Recht Außenwirkungen erlangt, d.h. auf das Verhältnis der Anstaltsorganisation zum Benutzer, die insoweit als eine geschlossene Einheit auftritt, ist erforderlich, daß die vom GG aufgestellten Voraussetzungen erfüllt werden. Nach dem GG ist die vollziehende Gewalt im Spannungsbereich zwischen Staat und Bürger eine rechtlich fixierte und gebändigte Gewalt; sie bedarf zum Tätigwerden rechtlicher Normen, deren Erlaß nur in der Form eines parlamentarischen Aktes (Gesetz, parlamentarische Ermächtigung) erfolgen kann. Dieses Erfordernis ergibt sich nicht nur aus dem Wegfallen des monarchischen Prinzips und der an seine Stelle getretenen Volkssouveränität, die jede Rechtssetzungsgewalt anderer Organe (z.B. der Verwaltung) außer des Parlaments als unzulässig erscheinen läßt; vielmehr geht aus der gesamten Verfassungsstruktur hervor, daß der Verwaltung, soweit sie sich im Außenverhältnis bewegt, kein eigenes Rechtssetzungsrecht, sondern immer nur ein solches auf parlamentarische Ermächtigung zurückführbares zusteht. Mit diesem Ergebnis stimmt der Grundgedanke des Artikels 80 I GG überein, wenn er auf die Beschränkung der Übertragung rechtssetzender Gewalt auf die Exekutive abstellt. Art. 80 GG geht nämlich

1) Zu den Stabs-Linienorganisationen s.u. S. 76 Anm. 3, 4 m.w.L.

2) Rupp S. 29 ff m.w.Nachw.; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 74/75; vgl. Brohm DÖV 1964/250.

von der Laband-Jellineck'schen Lehre bei der Bestimmung der Rechtsverordnung und des Gesetzes aus, die dazu alle Regelungen zwischen Staat und Untertan zählte, mit Ausnahme der b.G/s. Die Anschütz'sche Lehre ging allerdings nicht so weit wie die Laband-Jellineck'sche Lehre, indem sie nur diejenigen Normen dem Begriff der Rechtsverordnung und des Gesetzes zuzählte, die "Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum" bewirken. Die Verfassung hat aber, wie Art. 80 II GG beweist, diese Lehre nicht übernommen.¹⁾ Daß die ordnende Anstaltstätigkeit von dem erwähnten Prinzip der Verfassung nicht ausgenommen werden kann, ergibt sich mit zwingender Deutlichkeit aus der Stellung des Benutzers als Außenstehender gegenüber der Anstalt; denn der Benutzer nimmt keine Organfunktion wahr wie der Anstaltsfunktionär.

Die zum Handeln der vollziehenden Gewalt benötigte Ermächtigung in der die Aufgaben erteilenden Rechtsvorschrift stillschweigend zu sehen²⁾, wäre bloß eine Fiktion, jedenfalls dann, wenn die wahrzunehmenden Aufgaben in der Rechtsvorschrift genau aufgezählt werden. Bei allgemeiner Bestimmung des Aufgabenbereiches könnte man darin zugleich eine Ermächtigung zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten mitenthalten sehen; das wäre aus dem immanenten Sinn des Gesetzes zu entnehmen, das die Aufgabenwahrnehmung bestimmt; diese Ermächtigung bedarf aber durch die Dir/g der weiteren Konkretisierung. Im übrigen bleibt kaum weiter Raum, die vermißte Ermächtigung zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten, etwa aus dem Sachzusammenhang abzuleiten, da es sich um verschiedene Funktionen der öffentlichen Gewalt (ordnende Tätigkeit; eingreifende oder pflegende Tätigkeit) handelt. Man hat also die Ermächtigung zur Wahrnehmung ordnender Aufgaben in der Dir/g zu sehen, wenn die

1) Vgl. Laband, Staatsrecht S.181; Jellineck, System S.194; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt S.226; Rupp S.116.

2) So v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht 2. Aufl. Bd.I S.491. Nach ihm ist die Ermächtigung zur Wahrnehmung ordnender Aufgaben (z. B. Organisationsfragen; vgl. auch u. S. 74 f) ipso iure mit der Ausübung der Staatsgewalt (Eingriff, Pflege) gegeben; dazu vgl. BVerfG 2/307 (319) sowie Peters VVDStL 16/249 ("die Exekutive hat im Rahmen der Verwaltung auch die Organisationsgewalt"), W. Weber VVDStL 16/246 (die Exekutive hat die Organisationsgewalt als eigenes Hausgut), Ipsen VVDStL 16/257 (die Organisationsgewalt besitzt keine Rechtsgrundlage). - Dagegen L. Richter, Die Organisationsgewalt S.116 ff; die österreichische Lehre (Antoniolli, Allg. Verw.Recht S. 142; Ermacora VVDStL 16/219 ff; Spanner, DÖV 640 ff 1957). Sie wollen die Organisationsgewalt (hier: Ausübung ordnender Tätigkeiten) mindestens an eine gesetzliche Ermächtigung (nach Spanner VVDStL 16/256 genügt eine Zuständigkeitsnorm) binden.

Dir/g auf eine gesetzliche Vorschrift zurückführbar ist. Denn dem Sinn der Dir/g entspricht, wie erwähnt, eine Außenwirkung; das erklärt sich aus der Bestimmung des Anstaltsapparates zugunsten der Benutzer zu arbeiten, nämlich durch die Anstaltsfunktionäre Tätigkeiten auszuüben (Dir/g), die, wenn auch indirekt, gewissermaßen die Benutzer betreffen können.¹⁾ Eine systematische, aber nicht erschöpfende Darstellung dieser Tätigkeiten erfolgt im nächsten Paragraphen; sie sind schließlich von der Eigenart der Anstalt abhängig.

§ 40

Erscheinungen der hierarchisch bestimmbaren ordnenden Anstaltsgewalt

Liegt ein hierarchischer Stellenaufbau in der Anstalt vor, so entsteht daraus eine Dir/g, welche unter bestimmten Voraussetzungen eine nach außen wirkende Ordnung im Anstaltsbetrieb zu gewähren vermag. Diese Ordnung kann sich auf folgende Gebiete beziehen.²⁾

a) Zunächst bezieht sie sich auf den Anstaltsraum. Ihre Aufgabe ist dabei, die der Benutzung mittelbar (z.B. Betriebsanlage) und unmittelbar (Stellung der Benutzungseinrichtungen, z.B. der Statuen im Museum) dienenden Mittel so an die spezifischen räumlichen Gegebenheiten der Anstalt anzupassen, daß sie dem besonderen Anstaltszweck am besten entsprechen und ihm förderlich sind. Wie die Möbel des Arbeitszimmers im Anstaltsbetrieb oder das Arbeitspersonal in der Anstaltseinrichtung verteilt werden sollen, so bildet auch die Regelung so spezifischer Fragen, die nur mit Rücksicht auf die konkrete Anstalt zu bewältigen sind, Aufgaben der ordnungsgewährenden Anst/g.

b) Zeitlich tritt die Ordnungsgewalt auf, wenn sie den Arbeitsvorgang auf die verschiedenen Zeitpunkte zur Abstimmung bringt. Die Verteilung der Anstaltsfunktionen in zeitlicher Hinsicht bildet hier das Kernproblem. Wann und wie lange die Besuchszeit für die Anstaltseinrichtung (z.B. Museum, Krankenhaus) erlaubt ist und dgl. bilden Beispiele aus diesem Betätigungsbereich der Ordnungsgewalt.

Bei der Regelung von Spezifischen zeitlichen und räumlichen Fragen stehen gegeneinander zwei kollidierende Interessen; nämlich jenes der Anstalt für eine lang dauernde Sicherung der Leistungsfähigkeit der Anstaltseinrichtungen und das

1) Dem Anstaltsfunktionär, welchem eine nichtdienstliche Handlung befohlen wurde, steht ein Demonstrationsrecht zu, denn der Anweisende befiehlt in Überschreitung seiner Kompetenz eine Handlung, die auch außerhalb des Kompetenzbereiches des Angewiesenen liegt; vgl. Wolff § 46 VII.

2) Mellerovicz I S.202, 203.

des Benutzers, welches auf eine in der Regel augenblickliche und weiteste Ausnutzung der Benutzungseinrichtungen gerichtet ist, auch wenn das, langfristig betrachtet, kaum der Anstalt zugute kommt. Diese Kollision kann nur auf Grund eines konkreten Urteils vermieden werden, welches dem formellen Gesetzgeber nur ausnahmsweise erkennbar wird; denn es handelt sich um spezielle organisatorische Fragen. Sachkenntnisse und Erfahrungen aus persönlicher Führung des Anstaltsbetriebes sind hier ausschlaggebend zur Fassung des geeigneten Entschlusses. Entschlüsse solcher Art sind für die "vollziehende Gewalt" des GG charakteristisch. Hier hat die organisierte Bürokratie des Anstaltsapparates zu entscheiden. Dadurch kommt die spezifische Macht ¹⁾ der Verwaltungsbürokratie zum Ausdruck.

c) Die Ordnungsgewalt hat noch die Aufgabe, neben oder anstelle des Gesetzgebers das Anstaltspersonal in Dienststellen und Dienstabteilungen so zu verteilen, daß die Arbeitskräfte für das Wohl des Anstaltsbetriebes am besten eingesetzt werden. Mit den Fragen, wie diese Verteilung des Anstaltspersonals durchgeführt wird - im Grunde geht es hier um die Lückenausfüllung der Kompetenzvorschriften -, welche Rechtswirkungen sie im Verwaltungsinternum auslöst und wann solche Rechtswirkungen auf den Bereich der ordnenden Analtstätigkeit ausgedehnt werden können, befaßt sich kurz der nächste Paragraph.

§ 41

Direktionsgewalt und Anstaltsorganisation

Die Wissenschaft der öffentlichen Verwaltung ²⁾ (public administration) und die Organisationslehre der Betriebswirtschaft ³⁾ haben festgestellt, daß die Verteilung des Anstaltspersonals in Dienststellen und Dienstabteilungen innerhalb einer organisatorischen Einheit (Anstalt) auf der Basis einer vertikalen Stellenverteilung erfolgt. Diese vertikale Stellenverteilung, mehr oder weniger normativ festgelegt (meistens durch Zuständigkeitsvorschriften) erhält das Schema eines Über-Unterordnungsverhältnisses. Kraft des Über-Unterordnungsverhältnisses (Abhängigkeitsverhältnis) hat der Untergeordnete die Pflicht, Anordnungen aller

1) So Wolff II § 71 II 4.

2) Dazu: L. D. Withe, An introduction to the Study of Public Administration 1955 S. 30 ff; R. Maynz, Soziologie der Organisation Kap. IV, V, VII; P. Meyer, Die Verwaltungsorganisation Kap. III, IV 1-2, X, XII, XIII, XIV, XVII 2 m, w. L. Aus der neuesten dt. Literatur vgl. Ellwein Kap. V.

3) H. Ulrich, Betriebswirtschaftliche Organisationslehre, Bern 1949, K. Mellerowicz, Allg. Betriebswirtschaftslehre Bd. I Kap. III c, Kap. IV, Bd. IV Kap. VII 1, 2.

Art oder nur (gesetzlich) bestimmter Art zu befolgen; eine ausdrückliche normative Bestimmung dieser Pflicht ist nicht erforderlich. Die Amtshandlungen des Untergeordneten (alle oder nur gesetzlich bestimmte) unterliegen einer Zweckmäßigkeitskontrolle. Der Untergeordnete hat eine Änderung, eine Aufhebung oder auch eine Bestätigung seiner Amtshandlungen von den Übergeordneten hinzunehmen.

Die amtliche Gewalt der beschriebenen Art kann "Direktionsgewalt" oder "hierarchische Gewalt" ¹⁾ genannt werden, weil sie auf dem Stufenaufbau der anstaltlichen Organisation beruht und das Abhängigkeitsverhältnis in dieser Organisation zum Ausdruck bringt. Im Ergebnis kann man die Dir/g (hierarchische Gewalt) als denjenigen Rechtszustand bezeichnen, kraft dessen ein Amtswalter seinen Amtswillen gegenüber einem ihm Untergeordneten "bedingt oder unbedingt durchzusetzen vermag". ²⁾

Je nach der strengen oder losen Art des Abhängigkeitsverhältnisses erhält die Anstalt die Form einer Linien- ³⁾ oder Stabsorganisation. ⁴⁾ Daraus ergeben sich Kontrollbefugnisse, die mittelbar eine Wirkung auf das Rechtsverhältnis Anstalt - Benutzer ausüben können. Nur wenn das Funktionieren des Abhängigkeitsverhältnisses sich auf gesetzliche Vorschriften zurückführen läßt - das Gesetz braucht hier keine ausdrückliche Ermächtigung zu enthalten -, vermag die Dir/g Außenwirkungen zu entfalten, d.h. Ordnungsangelegenheiten im Benutzungsverhältnis wahrzunehmen. Die Wahrnehmung erfolgt sonst durch Rechtsvorgänge verwaltungsinterner Natur (Verwaltungsvorschriften, -verordnungen, -anweisungen).

-
- 1) Über die Bedeutung der Hierarchie überhaupt siehe Meyer S. 153. - Wolff II § 77 I c in Bezug auf § 77 I nennt es "instanzielle Hierarchie". Nach G. Jeze, *Principes généraux du Droit administratif* III (éd. 1926) S. 111 f und Waline, *Traité . . . de droit administratif* (éd. 1952) S. 342 ff heißt es "pouvoir hiérarchique"; vgl. auch Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Aufl. 1956) S. 125. Die herrschende Meinung nennt es "Direktionsgewalt"; vgl. Rupp S. 92, 146.
- 2) So Wolff II a. a. O.; vgl. auch die Bestimmungen Meyers S. 153; Ellwein S. 180 f; H. Simon, *A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organisation* (ed. 1957) S. 129 ("Das Recht auf das letzte Wort"). Einen hierarchischen Instanzenzug der Verwaltungsbehörde setzt § 73 I 1 VwGO voraus.
- 3) Meyer S. 39 m. w. L.; Mellerovicz I S. 217; Wolff II § 77 II 3, 4; Ellwein S. 179.
- 4) Meyer S. 93 m. w. L.; Mellerovicz I S. 217, 218; Ellwein S. 133 f, 218 f. - Wolff II § 77 II d 2 a faßt den Begriff der Verwaltungsvorschrift weiter als Forsthoff S. 127 auf.

§ 42

Beschränkungen der Direktionsgewalt.
Entsprechende Auswirkungen auf die rechtliche
Begründung der ordnenden Anstaltstätigkeit

a) Dir/g und institutionelle Garantien der Verfassung

Die hierarchische Abhängigkeit - sie ist immanentes Merkmal der Dir/g - wird durch die institutionellen Garantien der Verfassung beschränkt; dies ist auch dann zu bejahen, wenn die Normierung des hierarchischen Abhängigkeitsverhältnisses auf ein Gesetz oder auf eine gesetzliche Ermächtigung zurückgeht.

Das GG trifft die Unterscheidung zwischen sog. echten Grundrechten und sog. institutionellen Garantien - damit knüpft es an eine Lehre der Weimarer Zeit an ¹⁾ -, wenn es auf die feste Verbindung einer Grundrechtsnorm mit ihrem Träger ("jeder hat das Recht") oder auf die objektive Geltung einer Grundrechtsnorm ("wird gewährleistet") abstellt. Der Unterschied zwischen den zitierten Formulierungen besteht darin, daß im zweiten Fall (institutionelle Garantie) eine bestimmte Einrichtung ²⁾ - also eigentlich nicht oder nicht nur ein individuelles Recht - gewährleistet wird, deren Aufrechterhaltung in erster Linie Aufgabe des Staates ist. Bei den echten Grundrechten ist es Sache des Grundrechtsträgers ³⁾, sie zu verteidigen.

Soweit es für das Anstaltsrecht von Interesse ist, wird die Stellung des Staates als Träger einer institutionellen Garantie in der Vorschrift des Art. 5 III GG (Freiheit der Lehre, der Forschung, der Wissenschaft und der Kunst) offenbart; wenn nämlich der Staat Hochschulen, Forschungs- und Fortbildungsanstalten sowie auch Kunst- und Wissenschaftsakademien errichtet. Schutz der Freiheit im Sinne des Art. 5 III GG heißt auch Befreiung der zuständigen Dienststellen der angeführten Anstalten von der Dir/g. Die Befreiung von der Dir/g wird ungeachtet der besonderen Form gewährleistet, in der die Staatstätigkeit hier erscheint. Es wird also z. B. die Forschung und die Wissenschaft nicht nur innerhalb der Universitäten geschützt, sondern auch im Rahmen der Sendungen einer Rundfunkanstalt. ⁴⁾ Art. 5 III GG schützt sowohl das "wie", nämlich die Art

1) s. C. Schmitt, HDStR Bd. II S. 572 ff; Maunz S. 86, 87.

2) Maunz S. 87.

3) Vgl. Dürig, AöR 81/152; Freudenberger, Annalen 1931/191.

4) In dieser Hinsicht ist Art. 20 I der Verfassung von BaWü deutlicher. Hier steht: "Die Hochschule ist frei in Forschung und Lehre", d. h. soweit Forschung und Lehre betrieben wird. Damit werden die Anstaltsfunktionäre soweit von hierarchischen Bindungen befreit, als ihre Aufgabe, Forschung (Aneignung von Fachwissen in rationaler Art) oder Lehre (Weitergabe von Stellungnahmen und Wertungen zu bestimmten Fragen, die eigene Forschungsergebnisse sind) ist; vgl. Jecht S. 99; v. MK S. 257; Maunz S. 105 f.

und die Methode der Auseinandersetzung mit dem Untersuchungsgegenstand, als auch das "was", d.h. das auf Grund der angewandten Methode entstandene Ergebnis. Dieser Schutz der Verfassung muß von anderen äußeren Begrenzungen der Anstaltstätigkeit (aus dem Anstaltszweck oder aus den Kompetenzvorschriften) scharf unterschieden werden. Das Gebot des Art. 5 III GG hat auch die öffentliche Verwaltung zu berücksichtigen, soweit sie als Träger von Universitäten, Kunstakademien u. a. Einrichtungen auftritt, in denen nach Art. 5 III GG Kunst, Wissenschaft und Forschung betrieben wird. Das freie Handeln der zuständigen Stellen der genannten Einrichtungen - die Freiheit des Art. 5 III GG genießen um so mehr die Benutzer als Außenstehende, wenn kraft Dir/g nach außen wirkende Verordnungen erlassen werden - gründet sich nicht etwa auf der "Sachlogik" der wahrgenommenen Aufgaben ¹⁾, sondern auf Vorschriften des positiven Rechts (Art. 5 III GG).

Bei der Freiheit der Kunst (Kunstakademien, -anstalten) wird die Abgrenzung des Freiheitsbegriffs komplizierter, weil es schwierig ist, einen Begriff der Kunst im Sinn des GG (entartete Kunst?) zu geben. In Verbindung mit dem Hauptfreiheitsrecht (Art. 2 I GG) kann man die Schutzfunktion des Art. 5 I GG so weit ausdehnen, daß nunmehr unter "Freiheit der Kunst" (Art. 5 III GG) die freie Persönlichkeit des Künstlers, der in der Anstalt tätig ist, einbegriffen wird (Art. 2 I GG). ²⁾ Andererseits kann die Kunst der Lehrfreiheit gleichgestellt werden, wenn die Kunst nicht als individuelle freie Schöpfung, sondern wissenschaftlich als Analyse oder Kunstgeschichte ausgeübt wird. Die obigen Ausführungen sind auch auf die Benutzer der erwähnten Anstalten anzuwenden, soweit sie die Anstalt nicht als Lernende besuchen.

b) Hierarchische Abhängigkeit und Menschenwürde

Ferner muß die hierarchische Abhängigkeit scheitern, wenn die Menschenwürde verletzt wird. Wenn etwa einem Anstaltsfunktionär eine Handlung angetragen wird, welche gegenüber einem Benutzer eine Unmenschlichkeit bedeutet (z.B. im Gefängnis, in einer Schwerkrankenanstalt, in einer Schule), so hat der Befehl keine bindende Kraft ³⁾; eine Befolgungspflicht besteht für den Anstaltsfunktionär kraft Dir/g nicht mehr. Der Befehl verstößt in diesem Fall gegen einen Verfassungssatz, der sich seiner Geltung nach auf jeden Menschen bezieht, gleichgültig in welchem Rechtsverhältnis er sich befindet ⁴⁾; denn durch diesen Verfas-

1) So Jecht S. 99.

2) Vgl. BVerwG Urt. v. 21.12.1954; Hamann S. 111; a.M. Maunz S. 106.

3) Rupp S. 66.

4) s. Rupp a. a. O.; MD zu Art. 1 GG Nr. 16; Windrich, Die Grundrechte S. 15.

Für die Geltung des Art. 1 I GG auch im Bereich des b.G/s s. Krüger, Smend Festschrift S. 231; Hamann S. 71 m. w. L. und Jud.

sungsatz werden die letzten Werte der menschlichen Persönlichkeit geschützt. So erlangt Art. 1 I GG unmittelbare Geltung im Innenverhältnis sowie auch im Verhältnis der Anstaltsverwaltung zu den Benutzern.

c) Hierarchische Abhängigkeit und Kompetenzvorschriften

Das Verhältnis der Hierarchie zu den Kompetenzvorschriften wird von den Anstaltsordnungen und Anstaltsbenutzungsordnungen verschieden bestimmt. Weitgehend unterstehen die Organkompetenzen der materiellen Dir/g. Extreme Fälle ¹⁾ einer "Kompetenzusurpation" bilden die kommissarischen Organwaltungen (wenn das zuständige Organ vorübergehend von einem Vorgesetzten oder dessen Beauftragtem besetzt wird) und die Ersatzvornahme (wenn eine Handlung des zuständigen Organs durch einen Dritten und auf Kosten dieses Organs vorgenommen wird). Die hierarchische Kontrolle darf jedoch die Zuständigkeitsnormen nicht völlig beseitigen. Sie kann es nur auf Grund einer speziellen Gesetzesvorschrift tun, wie es in den eben erwähnten Fällen und jeder wesentlichen Änderung der Handlung der Untergeordneten geschieht, die nach der Änderung ein allud wird; denn mit dieser hierarchischen Kontrolle werden die Kompetenzbereiche verwischt. Eine Verwischung der Bereiche steht aber dem Sinn der die Kompetenz bestimmenden Rechtsvorschrift (Übertragung der rechtlichen und politischen Verantwortung auf das betreffende Organ) und dem Grundsatz entgegen, daß hoheitliche Befugnisse, soweit solche ausgeübt werden, nur formell-gesetzlich ²⁾ auf andere Organe (z.B. das die Dir/g ausübende) übertragen werden.

Liegt eine Kompetenznorm vor, die einem Organ bestimmte Zuständigkeiten als selbständige Aufgaben überträgt - die Vermutung spricht dafür, daß die Aufgabenwahrnehmung selbständig vorgenommen wird -, so bildet diese Norm schon eine genügende Rechtsgrundlage zur Wahrnehmung ordnender Tätigkeiten. ³⁾ Hier ermöglicht es die Kompetenznorm, die Maßnahme, die ein Amtswalter getroffen hat, als eine Maßnahme der Anstalt zu erkennen und gelten zu lassen.

Die konkrete Kompetenzausübung setzt öfters die nähere Regelung besonderer Fragen voraus (z.B. Verfügung sachlicher Mittel zur Kompetenzausübung, exakte Bestimmung der Zuständigkeitsgrenzen in Einzelfällen), die dem Wirkungsbereich der ordnenden Anstaltstätigkeit angehören. Insofern ist die Anstalt kraft der normativ festgelegten Dir/g berechtigt, die Zuständigkeit in Bezug

1) Wolff II § 77 II 4 a, c.

2) So die herrschende Meinung; vgl. ForsthoFF S. 380, 384; Wolff II § 78 II.

3) So Spanner VVDStL 16/256 und die österreichische Lehre; vgl. o. Teil II S. 73 Anm. 2.

auf vorliegende konkrete Tatbestände funktionell, sachlich oder örtlich im Rahmen des Gesetzes genauer zu bestimmen.

Die Vornahme von Eingriffen und die Gewährung von Leistungen unterliegen besonderen verfassungsrechtlichen Bindungen. ¹⁾

III. KAPITEL

WEITERE RECHTSGRUNDLAGEN DER ORDNENDEN ANSTALTSTÄTIGKEIT

§ 43

Der "Zweck" als normativer Faktor

Bei der Suche, eine normative Grundlage für die Verwaltung zur Erledigung ihrer ordnenden Angelegenheiten zu finden, hat eine Meinung einen älteren Grundsatz des Verwaltungsrechts ausgewertet, dessen Anknüpfung an die Theorie des rechtsfreien Raumes der Exekutive unverkennbar wird. Nach diesem Grundsatz ist die Verwaltung berechtigt, alle Maßnahmen zu ergreifen, welche zur Verfolgung eines Zweckes erforderlich sind. ²⁾ Damit wird der verfolgte Zweck zum normativen Faktor gemacht. - Dagegen erheben sich verfassungsrechtliche Einwände sowie der Vorwurf der Ungenauigkeit. Von der Verfassung her bestehen die Einwände darin, daß die Vorrangstellung des Gesetzes und das Prinzip des Gesetzesvorbehaltes für wichtige Sozialbereiche (Individualsphäre, Außenverhältnis überhaupt) keinen Raum zur Rechtfertigung irgendwelcher Beeinträchtigungen "wegen des verfolgten Zweckes" lassen. Außerdem verleiht keine Verfassungsvorschrift dem "Zweck" normative Kraft. Die erwähnte Konstruktion erweist sich als ungenau, weil sie einen Kreis von ungelösten Fragen auslöst, wie z. B.: was heißt Zweck einer Handlung, wer bestimmt den Zweck und kann dieser Zweck jede Handlung rechtfertigen? Sie ist auch gefährlich, weil durch die Interpretation des "Zweckes" vieles rechtsstaatlich Verbotene gerechtfertigt werden kann. Ferner bedeutet an sich die erwähnte Konstruktion keine Rechtfertigung; denn dadurch werden die ergriffenen Maßnahmen aus sich heraus gerechtfertigt. Der Zweck faßt nicht weniger als die wahrgenommenen Aufgaben zusammen; und die wahrgenommenen Aufgaben können durch sich selbst allein keine Rechtfertigung finden.

§ 44

Rechtfertigung der ordnenden Anstaltstätigkeit durch besondere Verfassungsvorschriften

Bestimmte Verfassungsvorschriften vermögen nach allgemein angenommener

¹⁾ Dazu s. § 68 m. Nachw.

²⁾ s. Obermayer S. 119 m. w. L.

Auslegung, den Bestand etlicher Anstalten zu rechtfertigen ¹⁾. Man denkt an die Anstalten der ersten Gruppe, welche für die Aufrechterhaltung des Gemeinwesens vielfach unentbehrlich sind. ²⁾ Bestimmte davon werden in der Verfassung entweder ausdrücklich erwähnt - so die Schulen in Art. 7 I GG und in entsprechenden Vorschriften der Länderverfassungen - oder so deutlich angesprochen, wie die Gefängnisse in den Art. 12 IV, 104 II, III GG, daß kein Zweifel über ihre verfassungsrechtliche Institutionalisierung als Einrichtungen des Gemeinwesens entsteht. Die Institutionalisierung setzt das Funktionieren des betreffenden Instituts (Anstalt) voraus. ³⁾ Da das GG als einheitliches Ganzes angesehen werden muß, dessen Bestimmungen in einem sinnvollen Zusammenhang geordnet sind, können einzelne Verfassungsbestimmungen nicht Rechte in einem Umfang gewähren, durch deren Ausübung andere Vorschriften der Verfassung illusorisch gemacht würden. Die Funktionsfähigkeit eines Gefängnisses z. B. stellt das absolute Minimum für ein sinnvolles Bestehen (Funktionieren) dieses Instituts dar. ⁴⁾ Insofern vermögen die angesprochenen Verfassungsvorschriften das Handeln der Anstaltsverwaltung zu rechtfertigen. Daß der Benutzer beim Funktionieren der erwähnten Anstalten in seinem Interessenkreis manchmal betroffen wird (Tätigkeitsbereich der ordnenden Anst/g), liegt auf der Hand. Die in den angesprochenen Verfassungsvorschriften enthaltene Ermächtigung ist aber nur global, d. h. in Wirklichkeit keine Ermächtigung, und sie reicht deshalb nicht aus, das Tätigwerden der Verwaltung im Außenbereich zu legitimieren; im Außenbereich bedarf das anstaltliche Handeln als Ermächtigung vielmehr einer inhaltlich engeren gesetzlichen Grundlage, welche das hierarchische Abhängigkeitsverhältnis, sofern es auf Gesetz zurückführbar ist, anbieten kann.

Die Vornahme von Eingriffen und die Gewährung von Leistungen unterliegen jedenfalls besonderen verfassungsrechtlichen Bindungen. ⁵⁾ Ein Eingriff und keine Ausübung ordnender Tätigkeit muß nach der hier vertretenen These vorliegen, wenn durch die Anst/g die Grenzen der allgemeinen Handlungsfreiheit und

1) Eine parallel gehende Meinung stellt zur Rechtfertigung nicht auf die besonderen Verfassungsbestimmungen, sondern auf die verfassungsmäßige Ordnung ab, so z. B. Wolff II S. 272/273; mindestens in systematischer Hinsicht wird diese Meinung im Ergebnis unschlüssig.

2) Insofern richtig Wolff § 99 IV 3; Heymann S. 115 ff; im gleichen Sinn Krüger, Staatslehre S. 553.

3) s. Münch JZ 58/74.

4) Vgl. Münch a. a. O.; Wolff § 32 IV c 3.

5) A. M. Wolff § 99 IV b c und die wohl h. L. insbes. in Bezug auf Eingriffe, dazu vgl. v. MK S. 133 ff, Münch a. a. O. S. 73. Ebenso die Rechtsprechung.

der Persönlichkeitsentfaltung bestimmt werden. Das BVerwG (Urt. v. 20.6.58, JZ 58/736) ist aber anderer Ansicht, indem es, im Anschluß an die Auffassung des BVerfGE v. 16.1.1957 über die "verfassungsmäßige Ordnung" als die Gesamtheit der Normen, "die formell und materiell der Verfassung gemäß sind", unter dem Begriff der Norm bzw. Rechtsnorm auch generelle Anordnungen im b.G/s (Anstaltsverhältnis) subsumiert. Dieser Standpunkt ist jedoch nur aus der Sicht der traditionellen Vorbehaltslehre gerechtfertigt; denn nach dieser Lehre bedarf es im b.G/s eben nicht des Vorbehaltes des formellen Gesetzes. Es finde hier kein "Eingriff" statt; deshalb könne an die Stelle des Gesetzes die interne (ordnungsgewährende) Anstaltsordnung treten. Wie es aber unten auf S. 95 ff im Einzelnen dargelegt wird, hat die traditionelle Doktrin unter der veränderten verfassungsrechtlichen Situation kaum Chancen fortzugelten. Da nach Verfassungsrecht der Eingriff in die Individualsphäre immer, d.h. auch wenn er im Rahmen einer sog. "ordnenden" Anstaltstätigkeit vorgenommen wird, eine tragende Rechtsvorschrift benötigt (formelles Gesetz mit spezieller Ermächtigung), darf die Anstalt nicht an ihre Stelle treten bzw. die Funktion des Gesetzes übernehmen.

§ 45

Das Kontinuitätsprinzip als Rechtsgrundlage zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten

Ist in den Kompetenznormen (so meistens bei der Gewährung von Begünstigungen) und im Gesetz keine genügende Rechtsgrundlage zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten zu finden oder ist das hierarchische Abhängigkeitsverhältnis kaum auf gesetzliche Vorschriften zurückführbar und ist die Interpretation der besonderen Verfassungsvorschriften fehl am Platz, so müßte man die Rechtswidrigkeit der betreffenden ordnenden Maßnahmen, die Außenwirkungen haben, annehmen. Das würde aber viele Verwaltungsmaßnahmen - vor allem solche, die sich auf frühere Zeiten beziehen oder beim Vollzug älterer Gesetze erlassen sind - als rechtswidrig erweisen und damit nahezu eine Blockierung der Staatstätigkeit hervorrufen. Um dies zu vermeiden - das hat auch der Verfassungsgeber vermeiden wollen -, fragt es sich, ob man heute, wie man früher für die Übergangszeit von der absoluten zu der konstitutionellen Monarchie getan hat ¹⁾, ein entsprechendes Übergangsrecht annehmen könnte. Dieses Übergangsrecht würde nur für eine Übergangszeit gelten, damit der Gesetzgeber die Gelegenheit hat, sich an die neue Verfassungssituation (Durchführung des Gesetzesvorbehaltsprinzips beim Verhältnis des Staates zum Bürger) anzupassen.

¹⁾ R. Thoma, Der Polizeibefehl ... S.105.

Das Übergangsrecht findet in dem Grundsatz der Kontinuität Rechtfertigung¹⁾, und es bedeutet eine "vorübergehende Milderung des Erfordernisses legislativer Ermächtigungen"²⁾. Dieser Grundsatz, in erster Linie soziologischer Art, findet im Art. 123 I GG für das Verhältnis der früheren Rechtsordnung zu der Verfassung Ausdruck.³⁾ Die vorübergehende Milderung bezieht sich nur auf die Form der erlassenen Maßnahmen, nicht auf den Inhalt. Demnach dürfen z. B. gewohnheitliche Ermächtigungen dann an die Stelle der legislativen treten, wenn sie mit den inhaltlichen Anforderungen der Verfassung übereinstimmen⁴⁾ und begrenzt sind.⁵⁾ Bei den Anstalten ist es grundsätzlich zu bejahen, denn durch den Anstaltszweck und die vorhandenen gesetzlichen Regelungen des Benutzungsverhältnisses wird die gewohnheitliche Ermächtigung soweit begrenzt, daß die sich darauf stützenden Maßnahmen voraussehbar werden. Der Ablauf der Geltung des Übergangsrechts muß den Gerichten überlassen bleiben.⁶⁾ Die Gerichte werden anhand des vorliegenden Falles darüber entscheiden, ob einer Verwaltungspraxis die Anerkennung zu versagen ist.

IV. KAPITEL DER INTERESSENSCHUTZ DES BENUTZERS IM RAHMEN DER ORDNENDEN ANSTALTSTÄTIGKEIT

§ 46

Irrelevantes Interesse

Jeder Benutzer wird von Maßnahmen der ordnenden Anstaltstätigkeit in seiner Interessenlage mehr oder weniger betroffen. Im Rahmen dieser Anstaltstätigkeit entstehen aber Vorgänge und Situationen, die zwar zu der Anstaltsleistung und -benutzung beitragen, sie besitzen jedoch einen ganz spezifischen und technischen Charakter: Die Säle des Museums sind alt oder neu, die Rohre der Wasserleitung bestehen aus Eisen oder aus Stahl, die Wände des Auditoriums in der Lehranstalt haben eine dunkle oder helle Farbe. Der Benutzer betrachtet solche Vorgänge als bedeutungslos für sich und insofern als außerhalb seines Interessenkreises liegend; es sei Sache der Anstalt, sie zu besorgen.

1) Thoma op. cit. S. 112; vgl. Jerusalem NJW 1954/981.

2) Jesch S. 235; vgl. Rupp S. 127.

3) Jerusalem a. a. O. S. 981.

4) s. u. S. 104/105 m. Nachw.

5) Vgl. Jesch a. a. O.

6) H. Krüger ZBR 54/35 f; Jesch S. 236.

Zu der Erledigung solcher Vorgänge und Situationen in bestimmtem Sinn kann der Benutzer - falls er eigene Standpunkte vorzutragen hat - nur den Weg Art. 17 GG (Petitionsrecht) einschlagen. Ihm steht kein Rechtsbehelf zu. Wenn er sich nach Art. 17 GG aber - allerdings nur soweit die formellen Voraussetzungen dieses Artikels (schriftliche Form mit dem "Petitum" einer Bitte oder Beschwerde) erfüllt sind - an die zuständigen Dienststellen wendet und seine Standpunkte vorbringt, entsteht keine entsprechende Verpflichtung der Anstalt zur Berücksichtigung. Die Antwort der Anstalt besteht nur in der Bekanntmachung eines formellen Bescheides ¹⁾; hierin erschöpft sich der subjektiv-rechtliche Schutz des Art. 17 GG; der Petend hat kein Recht auf eine ihn begünstigende Antwort. Im Bescheid dürfen die Gründe für die Haltung der Anstalt zu der Petition nicht erwähnt werden. Da die Verfassung keine in bestimmtem Sinn gefaßte Antwort fordert, erfüllt derjenige Bescheid die Voraussetzungen des Art. 17 GG, welcher sich bloß auf der Empfangsbestätigung der Beschwerde und auf die Anführung allgemeiner Bemerkungen beschränkt. Die Anwendung des Art. 17 GG auf das Anstaltsbenutzungsverhältnis ²⁾ kann kaum zur Klärung von Fragen des Interessenschutzes beitragen; denn das Vorliegen eines Interesses ist bei der Ausübung des Art. 17 GG nicht nötig. Der Benutzer kann also über Art. 17 GG Standpunkte vorbringen, die kaum seine eigenen Interessen berühren. ³⁾ Die Interessen der behandelten Art - soweit sie faktisch vorhanden sind - werden in der Regel in den Benutzungsordnungen kaum berücksichtigt. Es handelt sich also um rechtlich irrelevante Interessen.

§ 47

Stufen des relevanten Interesses

In der Benutzungsordnung macht sich aber eine andere stärkere Art des Interesses bemerkbar. Die Anstaltsvorschriften enthalten nämlich bestimmte Regelungen, die sich in materieller oder ideeller Hinsicht als bedeutsam und wertvoll für den Interessenkreis des Benutzers erweisen; diese Normen bezwecken, eine bestimmte Ordnung zur Geltung zu bringen, die für den normalen Ablauf der Anstaltsbenutzung meistens unerläßlich ist (Besuchszeiten, Einrichtung der Benutzung

1) s. Hamann S. 184, 186; vgl. BVerfGE 2/229; Wolff III § 166 III e.

2) Die Anwendung des Art. 17 GG auf das b.G/s wird allgemein bejaht; so H. Krüger VVDStL 15/138, v. MK S. 508, Münch JZ 58/76. Ein Argument dafür kann man aus Art. 17a GG entnehmen. Hier wird das Petitionsrecht bei den Soldaten (b.G/s) ausdrücklich eingeschränkt; zur Einschränkung dieses Grundrechts im Anstaltsbenutzungsverhältnis wäre also eine ausdrückliche Verfassungsvorschrift notwendig.

3) Hamann S. 186; Wolff III § 161 IV c.

gegenstände unter Berücksichtigung besonderer Gesichtspunkte und dgl.). Diese Ordnung aufrecht zu erhalten oder abzuändern, ist nach richtigem Verständnis der Benutzungsordnung nicht Aufgabe des Benutzers (er kann es gerichtlich nicht erzwingen), sondern der Anstalt.¹⁾ Das Interesse der Anstalt bzw. der öffentlichen Ordnung an einem guten Ablauf des Anstaltsbetriebes wird hier - dies ergibt sich aus der Auslegung als Wille des die Norm setzenden Organs - gegenüber dem individuellen des Benutzers bevorzugt. Der geringen Berücksichtigung von Interessen des Benutzers muß auch ein geringer Rechtsschutz entsprechen, es sei denn, daß die Norm die Würde der Person, die Gleichheit, die Individualsphäre, die institutionellen Verfassungsgarantien oder andere Grundnormen der Verfassung verletzt; da es sich hier um den Schutz von absoluten Rechten und von Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung handelt, darf der Rechtsweg des Art. 19 IV GG nicht ausgeschlossen werden bzw. darf die ordnende Anst./g nicht über sie hinwegsetzen.

Wird keines von den genannten Rechtsgütern beeinträchtigt, so vermag der Benutzer seine geringen Interessen durch die Einlegung eines formlosen Rechtsbehelfs (verwaltungsmäßiger Schutz in der Art einer Gegenvorstellung oder formlosen Beschwerde) geltend zu machen. Die erlassende Stelle kann dann, falls für sie keine ausschließliche Zuständigkeit vorliegt, von ihren Übergeordneten durch die Ausübung hierarchischer Kontrolle (Dir/g) verpflichtet werden, im Interesse des Antragstellers zu entscheiden.

V. KAPITEL:

§ 48

Die "rechtsprechenden" Instanzen in den Anstaltsorganisationen

Innerhalb bestimmter Anstaltsorganisationen - so bei Versicherungs-, Hochschulanstalten, Banken u. a. - findet man besondere Instanzen, welche mit der Beilegung von Streitigkeiten betraut sind, die aus dem Benutzungsverhältnis entstehen. Die Anstaltsordnungen geben oft Garantien für die Freistellung dieser Instanzen von der hierarchischen Kontrolle. Manchmal sind die streitschlichtende Funktion ausübenden Personen - als Garantie für ein gerechtes Urteil - nicht Anstaltsfunktionäre, sondern dritte Sachverständige, z. B. Techniker, Juristen u. a. Das Verfahren zur Streitentscheidung wird öfters auf die gleichen rechtsstaatlichen Prinzipien (z. B. Art. 103 GG) aufgebaut, die für die Verwaltungsgerichtsbarkeit unentbehrlich sind. Da das Betreten dieses Weges beim Vorliegen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten manchmal zur Pflicht des Benutzers

1) Vgl. Wolff I § 43 I b 2; VGH Stuttgart E 3/79.

gemacht wird, fragt es sich, ob die bestenfalls unter den erwähnten Voraussetzungen entstandenen Streitentscheidungen mit den Entscheidungen der Gerichte im Sinne des Art. 19 IV GG gleichzustellen sind.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu prüfen, ob zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Benutzern und Anstaltsverwaltung ein "Richter" im verfassungsrechtlichen Sinn zuständig sein muß. Da der Anstaltsbenutzer die Stellung eines Außenstehenden gegenüber der Verwaltung besitzt, ist ihm nicht verwehrt, beim Vorliegen einer Streitigkeit mit dem Staat die Gerichte anzurufen.¹⁾ Die Berufung auf das Gericht stellt für ihn ein subjektives formelles Grundrecht dar (Art. 19 IV GG)²⁾, dessen Beeinträchtigung durch die öffentliche Gewalt eine Grundrechtsverletzung bildet. Gericht heißt nach herrschender Auslegung der Bestimmung "Rechtsweg" im Art. 19 IV GG ("Gerichtsweg" bzw. Weg zum Gericht, zum Richter im Sinne Art. 92 GG).

Das GG spricht im Art. 19 IV zwar von "einer anderen Zuständigkeit" (Gerichtsweg); jedoch stellt es neben dem ordentlichen Gerichtsweg verschiedene Gerichtswege nebeneinander³⁾, die als gleichwertig anerkannt werden. Mit der Erwähnung dieser Gerichtswege ist allerdings der "Rechtsweg" nicht erschöpft; denn Bund und Länder können weitere Gerichtswege an Berufsverbände (Rechtsanwälte, Apotheker, Ärzte u. a.) oder anstaltliche Organisationen öffnen. Es gibt also mehrere grundsätzlich gleichwertige Gerichtswege, die zusammen den Rechtsweg darstellen.⁴⁾

Das Gericht im Sinne des GG (Art. 19 IV, 92 Satz 1) muß aber seiner Zusammensetzung, seinen Funktionen und der Rechtsstellung seiner Mitglieder nach (sachliche und persönliche Selbständigkeit) dem Bild entsprechen, das für die Bestimmung eines Gerichtes vorausgesetzt wird. Diese Bestimmung ist durch Art. 20 II, 92, 97 GG sowie auch durch die Vorschriften der VwGO Teil I, 1-3 festgelegt. Die zur Streitentscheidung zwischen Anstaltsverwaltung und Benutzer berufene Stelle muß demnach organisatorisch selbständig, d. h. von der Verwaltungsbehörde getrennt (keine Dir/g, keine Bestätigung des Streitentschlusses mit nachträglichen

1) Die h. M. wendet heute die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG auch auf b. G/s an; s. Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht S. 35/36; H. Krüger NJW 1953/1369, 1373; v. MK S. 575 m. L.

2) So die h. M.: s. Bettermann, Grundrechte III/2 S. 783; Menger, Grundrechte III/2 S. 733; Maunz S. 116.

3) Vgl. Art. 96 I, 96a IV GG; s. auch Ule S. 18/19.

4) Naumann JZ 1951/204; vgl. auch v. MK S. 574; BK Erl. II 4 ff; BVerfGE 4/344 BGHZ 8/210.

5) So Ule S. 29.

Änderungsmöglichkeiten ¹⁾, sachlich unabhängig (keine Art von Beeinflussungen, wie z.B. durch enge Verkoppelung von verwaltender und rechtsprechender Tätigkeit in einer Stelle, Art. 97 I GG) ²⁾ und in ihrer Besetzung grundsätzlich auch persönlich unabhängig (z.B. Schutz vor Absetzung oder Versetzung) sein. ³⁾ Somit hat das Gericht im Streit zwischen Einzelnen und Verwaltung die Funktion eines rechtlich und tatsächlich unparteiischen Dritten.

Das Gericht muß weiter, damit es rechtsprechende Tätigkeit im Sinne Art. 19 IV, 92 GG ausüben kann, staatlich bestellt und durch staatliches Gesetz eingerichtet sein. ⁴⁾ Die Monopolstellung des Staates zur Rechtsprechung ergibt sich aus Art. 92 GG; insoweit stellt Art. 92 GG einen fundamentalen Grundsatz dar, der auch im b.G/s gilt; zugleich konkretisiert er das Rechtsstaatsprinzip.

Im Rechtsstaat ist das Gericht bzw. der Richter eine von vorn herein bestimmte oder bestimmbare Person. ⁵⁾ Die "Bestimmtheit" des zuständigen Richters für den konkreten Tatbestand erfolgt durch einen im formellen Gesetz fundierten Geschäftsverteilungsplan (formelles Gesetz). Ist der zuständige Richter nicht hinreichend auf diese Weise für den konkreten Tatbestand bestimmt, so darf er keinen verpflichtenden Rechtsspruch als staatliches rechtsprechendes Organ fällen. Daher wird kein Richter im Sinne Art. 19 IV, 92 GG durch ein allgemein ermächtigendes Gesetz oder sogar durch Verwaltungsvorschriften (wie öfters bei den Anstalten) angestellt.

Ergebnis: Zur endgültigen Beilegung von Streitigkeiten zwischen der Anstaltsverwaltung und dem Benutzer sind nur die Richter, wie sie oben bestimmt wurden, zuständig; dies ergibt sich zweifellos aus Art. 19 IV, 92 GG. Diese Vorschriften sprechen der Anstaltsverwaltung freilich nicht das Recht ab, im Rahmen des Gesetzes eigene rechtsprechende Instanzen (im materiellen Sinn) zu errichten und sie mit der Klärung von Streitfragen aus dem Anstaltsbenutzungsverhältnis zu betrauen. Diese Instanzen sind aber nur dann als "rechtsprechende" im

1) Vgl. BVerfGE 6/63, 4/331; BVerwGE 2/95.

2) Vgl. BVerfGE 4/331, 2 Leitsatz.

3) Vgl. BVerfGE 4/331; BVerwGE 8/354; OVG Münster E 4/11 ff; v. Türegg S. 354 m. w. J. des BGH.

4) Vgl. BVerfGE 4/94, 343, 11/233.

5) Die Richter sollen nach BGHSt 8/241 im voraus feststehen; diese Feststellung muß rechtssatzmäßig erfolgen, d.h. durch Gesetz; s. Bettermann, Grundrechte III/2 S. 549; vgl. § 8 Abs. 3 VwGO (es wird hier bestimmt, nach welchen Grundsätzen die Mitglieder des Gerichtes an dem Verfahren mitwirken); s. auch v. Türegg S. 355 mit Hinweis auf Entscheidungen des BGH. - Ferner vgl. Böckenförde, Organisationsgewalt S. 94/95 (Ein dem rechtsstaatlichen Verfassungssystem immanenter Vorbehalt).

Sinne der Verfassung anzusehen. wenn sie die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllen. - Eine Befristung der Anfechtungsklage sowie das Erfordernis eines verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens vor der Klageerhebung stehen Artikel 19 IV GG nicht entgegen. Ferner ist eine Wahlklage zulässig, wenn mit der Wahl des Beschwerdeweges der Rechtsweg Art. 19 IV GG nicht ausgeschlossen wird, sondern erst nachdem der Beschwerdeweg beschritten worden ist.¹⁾ - Sind die oben erwähnten Voraussetzungen nicht erfüllt, so bilden die Entscheidungen der zur "Rechtsprechung" berufenen Stellen Verwaltungsakte, die unterliegen der verwaltungsrechtlichen Anfechtung.²⁾

2. ABSCHNITT: EINGREIFENDE ANSTALTSGEWALT

I. KAPITEL:

§ 49 Einführung

Die Untersuchung ergab die Komponenten von drei Gewalten im Anstaltsbenutzungsverhältnis.³⁾ In diesem Abschnitt wollen wir die "eingreifende" Anstaltstätigkeit prüfen.

Der Vorbehalt des Gesetzes entfaltet im Rahmen der eingreifenden Anstaltstätigkeit vollkommene Geltung. Die derzeitige Lehre hat in dieser Richtung schon den Weg gebahnt, indem sie die Formel der überkommenen Doktrin "Eingriffe Freiheit und Eigentum nur durch formelles Gesetz" prinzipiell - das Ausmaß variiert dabei⁴⁾ - auch auf das Anstaltsbenutzungsverhältnis überträgt. Das Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe der Anst/g ergibt sich aus den Grundrechtsbestimmungen (Aufwertung der Grundrechte im GG, verfassungsrechtliche Garantien für die Grundrechte), vor allem aber aus Art. 80 GG und der Gesamtstruktur der Verfassung. Im Zusammenhang mit der beschränkenden Funktion der Grundrechte gegenüber der Anst/g⁵⁾ wird die Frage eines allgemeinen Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe in die Individualsphäre untersucht.⁶⁾ Art. 80 in Verbindung mit der Gesamtstruktur des GG, konsequent bis zu Ende angewandt, führt dazu, daß man im Anstaltsbenutzungsverhältnis das Vorliegen eines Eingriffs nicht von rechtsformellen Maßstäben, wie etwa Schwere oder Intensität der eingreifenden Handlung a

1) Bettermann, DÖV 1958/166 ff m.w.Nachw.; MD zu Art. 19 IV GG Nr. 15.

2) Bettermann, Grundrechte S.630.

3) I. Teil, 4. Abschnitt.

4) Vgl. o. §§ 23, 24 und u. § 54 m.Nachw.

5) s.u. § 50.

6) s.u. § 51.

hängig machen darf. ¹⁾ Dieser Ansatz beansprucht Geltung auch für die sog. autonomen Satzungen, ohne daß damit Art. 80 GG auf sie unmittelbar anwendbar wird. ²⁾ Außer der veränderten Verfassungsstruktur der Bundesrepublik im Verhältnis zu der der konstitutionellen Monarchie ³⁾ sind noch methodische Erwägungen vorhanden - nicht zuletzt auch solche, die der gegenwärtigen sachlichen Struktur des b.G/s zugrunde liegen ⁴⁾ - die nach einer Bindung des Eingriffs an gleiche Rechtsvorschriften bzw. Verfassungsvorschriften verlangen, fände er im Rahmen des Anstaltsbenutzungsverhältnisses oder des allgemeinen Gewaltverhältnisses statt. ⁵⁾ So kann die Gewalt des b.G/s unter dem GG nicht mehr ungehindert und "ursprünglich" ⁶⁾ im rechtsfreien Raum des b.G/s eingreifen. ⁷⁾

Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist erforderlich, daß das die Anst/g zum Eingriff ermächtigende Gesetz eine spezielle Ermächtigung gemäß Art. 80 I GG enthält. ⁸⁾ Von der Spezifität der gesetzlichen Ermächtigung ist die Anst/g auch bei erteilten Ermächtigungen kraft sog. autonomer Satzungen nicht befreit. Die Erforderlichkeit der spezifizierten gesetzlichen Ermächtigung hat die Folge, die Grundlage der Konstruktionen der älteren Lehren von "volenti non fit iniuria" ⁹⁾ (beim Eintritt in den Bannkreis der Anstalt verzichtete man auf seine Rechte) und vom Wohnheitsrecht ¹⁰⁾ (die Anst/g wäre gewohnheitsrechtlich zum Eingreifen berechtigt) zu entnehmen.

Angesichts der Heterogenität der unter der "Anstalt des öffentlichen Rechts" subsummierten Verwaltungseinheiten wird dieser Abschnitt mit einer Untersuchung besonderer Fragen abgeschlossen, die die Anwendung des Gesetzesvorbehaltsprinzips auf die Anstalten der ersten Gruppe aufwirft. ¹¹⁾

1) s. u. IV. Kap.

2) s. u. § 56.

3) s. u. § 55 b.

4) s. u. § 55 c.

5) s. u. § 55 a.

6) H. Krüger VVDStL 15/112.

7) Vgl. die kritischen Bemerkungen zum b.G/s. I. Teil, 2. Abschn., II. Kap.

8) s. u. § 56.

9) s. u. § 57.

10) s. u. § 58.

11) s. u. § 59.

II. KAPITEL

GRUNDRECHTE UND EINGREIFENDE ANSTALTSGEWALT

§ 50

Die Grundrechte als Schranken des staatlichen Eingriffs

Der "Eingriff" (Belastung) als das Merkmal der eingreifenden öffentlichen Gewalt ist in mehreren Verfassungsartikeln (z. B. Art. 2 II, 14 I GG) enthalten. Auch die Wesensgehaltssperre des Art. 19 II GG und die Entscheidung des Art. 79 III GG in Verbindung mit Art. 1 GG schildern Grenzen staatlicher Eingriffsmöglichkeiten in die Grundrechte.

Die Grundrechte binden alle Staatsgewalt. Die vollziehende Gewalt wird wie die Rechtsprechung und die Gesetzgebung kraft Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden. Besondere Erscheinungen der vollziehenden Gewalt sind auch die die Anst/g ausübenden Anstalten des öffentlichen Rechts, ungeachtet, ob sie juristische Personen sind. Durch die Handlung der Organe der Anstalten (so weit diese Organe hoheitliche Funktionen ausüben) können also wie bei Organen der Staatsverwaltungsorganisation die Grundrechte verletzt werden.¹⁾ Anders verhielt sich die Sache aber nach der traditionellen Staatslehre. Die Grundrechte standen nach dieser Lehre nicht über der Legislative, sondern zu deren Disposition, allerdings unter Wahrung der für die Verfassungsänderung vorgeschriebenen besonderen Formen.²⁾ So konnten die Grundrechte kaum beschränkend einer Gewalt entgegenwirken, die vom Gesetzesvorbehalt frei als einseitig und selbstherrlich Recht setzende Staatstätigkeit mit der gleichen Geltungskraft auftrat wie die Gesetzgebung selbst.³⁾ Die Grundrechte der Weimarer Verfassung stellten nach herrschender Lehre höchstens Richtlinien für die künftige Gesetzgebung auf. Da aber das b. G/s meistens einer gesetzlichen Regelung entbehrte, war die Wirkung solcher Grundrechte ausgeschlossen.

Den Grundrechten des Bonner GG kommt eine höhere Geltungskraft als der Gesetzgebungsgewalt zu. Von hier aus ergibt sich zwangsläufig die Folgerung, daß eine Entbindung der vollziehenden Gewalt vom Vorbehalt des Gesetzes im b. G/s nicht zu einer größeren Freiheit führen kann als die Freiheit, die der Gesetzgeber selbst hat.⁴⁾ Man darf ferner den Grundsatz des Art. 1 III GG nicht übersehen. Der Geltungsanspruch des Art. 1 III GG gründet sich auf den Charakter

1) Über die Anstalten als Grundrechtsverletzer vgl. BVerfG v. 3.9.57, DÖV 1957/780; MD zu Art. 1 GG Nr. 107; OVG BaWü v. 14.5.63.

2) So Anschütz, Verfassung des Dt. Reiches, zu Art. 76 Nr. 1.

3) Vgl. Wolf, Grundrechte u. b. G/s (Auszug) S. 38; Köhl S. 93.

4) Wolf a. a. O. S. 40; Köhl a. a. O.

dieses Artikels als einer Rechtsnorm des positiven Rechts und auf die für die Rechtsordnung fundamentalen Werte, die aus Art. 1 I GG fließen. Diese Werte setzen sich über den Absatz III in der gesamten Grundrechtskodifikation durch.¹⁾ Die Bindung der Staatsgewalten an die Grundrechte sollte sich eigentlich aus der ranghöheren Geltungskraft der Verfassung ("Norm der Normen") und aus ihrem Rahmencharakter für die Rechtsordnung ergeben. Jedoch hat das GG, um Unklarheiten aus der Lehre der Weimarer Zeit²⁾ aus der Welt zu schaffen, ausdrücklich die "unmittelbare Geltung" der Grundrechte auch gegenüber der Gesetzgebung postuliert.

Art. 1 III GG bindet auch die Anst/g. Die Anst/g wird also in ihrer vollziehenden, rechtssetzenden und rechtsprechenden Tätigkeit an die Grundrechte gebunden.

Die Aktualisierung der Grundrechte durch die Norm des Art. 1 III GG wirft die Frage auf, wie eigentlich die Grundrechte als Schranken gegen die Anst/g funktionieren. Nach der klassischen Auffassung richtet sich die Funktion der Grundrechte auf Unterlassen³⁾ der Staatsgewalt. Die Staatsgewalt bzw. die Anst/g muß auf Eingriffe, die die vorgeschriebenen Voraussetzungen bei jeder Grundrechtsbestimmung nicht einhalten, verzichten; denn die Grundrechte bilden ein ranghöheres objektives Recht (dahin geht nämlich zuerst die Aktualisierungsnorm des Art. 1 III GG), welches die Anstaltsorgane, insbesondere bei ihrer vollziehenden Tätigkeit zu respektieren haben. Die Rechtsprechung⁴⁾ und die herrschende Lehre haben ferner im Anschluß an die Gesamtkonzeption des GG außer der objektiv-rechtlichen Aufwertung ihnen eine zweite Rechtsqualität zugeschrieben. Im Gegensatz zu der früheren Lehre (O. Mayer, Laband) werden die Grundrechte jetzt als subjektive Rechte angesprochen. Das Anspruchssubjekt, der Anspruchsgegner und das Anspruchsobjekt werden näher in den "nachfolgenden Grundrechten" bestimmt. "Nachfolgende Grundrechte", die subjektiven Charakter haben, sind nicht nur im Grundrechtskatalog des ersten Abschnitts zu finden, sondern sind auch in anderen Teilen der Verfassung lokalisiert (z.B. kraft Art. 140 GG, die Art. 136 IV, 137 II WRV).

1) So v. MK S. 158 f; Dürig A6R 91/119; Hamann S. 167; vgl. BVerfGE 6/36.

2) Die h.M. der Weimarer Zeit sah, wie oben gesagt, in den Grundrechtsnormen bloß "ins Leere laufende" und unverbindliche Proklamationen (Programmsätze); vgl. C. Schmitt HDStL Bd. II S. 572; Maunz S. 85; H. Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung S. 12.

3) Forsthoff spricht in diesem Zusammenhang von "Ausgrenzungen", s. VVDStL 12/18 ff; vgl. BVerfGE 3/242 f, 2/13 f, hier speziell für Art. 21 I, II GG.

4) Vgl. BVerfGE 6/387.

Individualsphäre und Gesetzesvorbehalt

Die Grundrechte sind für die ganze Staatstätigkeit bestimmend. Das wird in zahlreichen allgemeinen (Art. 1 I, 2 I GG) und besonderen (die einzelnen Grundrechtsnormen) Vorschriften des GG demonstriert. Eine Grundsatzentscheidung zur Freiheitlichkeit¹⁾ ist also aus diesen Bestimmungen herzuleiten, die sich ohne Ausnahme auch auf das b.G/s erstreckt. Einschränkungen dieses Grundsatzes bestimmt die Verfassung selbst. Dabei werden Voraussetzungen und Ausmaß näher geregelt; so z.B. in Art. 17 a (Einschränkung für Angehörige der Streitkräfte), Art. 18 (wegen Kampfes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung; hier ist die Einschränkung "Verwirkung" genannt und sie wird durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen) GG. Nach Art. 17 a erfolgt die Einschränkung nur durch Gesetz.

Einen allgemeinen Vorbehalt im Sinne einer Festlegung des Vorbehaltes für alle Eingriffe in die Individualsphäre enthält das GG nicht; dies ergibt sich jedoch aus den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, wenn man sie in ihren ideellen, geschichtlichen Zusammenhang mit der durch die Formel "Freiheit und Eigentum" der überkommenen Lehre geschützten Individualsphäre betrachtet. Durch diese Formel wurde der Individualbereich nach persönlichen und dinglichen Kriterien bestimmt und gemäß naturrechtlichen Postulaten einheitlich geschützt, d.h. jedes Eingreifen der Exekutive in ihn vom Konsens des Parlaments abhängig gemacht. Im GG umschreiben die Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt in umfassender Weise die unter Vorbehalt stehende Individualsphäre: so wird sowohl der Bereich der Handlungsfreiheit und der freien Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 I GG) als auch das Feld der vermögenswerten Rechte (Art. 14 GG) unter den Vorbehalt des Gesetzes gestellt. Das Ergebnis ist also, daß im GG der weite durch die Grundrechte abgesteckte Bereich von Freiheit und Eigentum unter dem Vorbehalt des Gesetzes steht²⁾ und die gesetzliche Ermächtigung für Eingriffe in die genannten Rechtsgüter von der Verfassung zur Voraussetzung gemacht wird. Das soll heißen, daß der Eingriffsvorbehalt der überkommenen Lehre so weit im GG reicht, wie die Gesetzesvorbehalte der einzelnen Grundrechte.³⁾

1) Dürig AöR 81/121; Hamann S. 32 m. w. L.

2) Jesch S. 135, 137.

3) Vgl. BVerfGE 6/37 (Verhältnis Art. 2 I GG zu den besonderen Grundrechtsbestimmungen); Jesch S. 137.

III. KAPITEL

DIE GEWALT DES BESONDEREN GEWALTVERHÄLTNISSSES BEIM EINGRIFF
NACH DER TRADITIONELLEN LEHRE

§ 52

Grundsatz

Nach der überkommenen Doktrin gilt im b.G/s der Vorbehalt des Gesetzes nicht. ¹⁾ Der Staat kann ohne Ermächtigung des gesetzgebenden Organs (Rechtsatz) in Freiheit und Eigentum eingreifen. ²⁾ Die Gewalt zu solchen Eingriffen ist hier der Exekutive überlassen; wie in der Zeit des Absolutismus liegen im b.G/s die Rechtssetzung und Rechtsanwendung vereint in der gleichen Hand (keine Gewaltenteilung). ³⁾ Das Vorliegen eines Rechtssatzes kann hier höchstens Schranken der Verwaltungstätigkeit vorschreiben, es bildet aber keine Ermächtigungsgrundlage. So wird eine Anordnung im Anstaltsbenutzungsverhältnis (Gefängnisse, Schulen) immer für zulässig gehalten, soweit sie nicht gegen einen besonderen Rechtstext oder eine gewohnheitliche Rechtsregel verstößt oder nicht willkürlich ist. - Werden aber besondere Gewaltverhältnisse (z.B. besondere Arten von Anstaltsbenutzungsverhältnissen) durch Gesetze geregelt, so sind diese Gesetze, bei konsequenter Durchführung der überkommenen Doktrin, keine Gesetze im materiellen Sinne (Rechtssatz), da sie keine Schranken zwischen verschiedenen Rechtssubjekten ziehen. Die Verwaltung darf trotzdem diese Gesetze nicht ignorieren; d.h. wenn die Absicht des Gesetzgebers deutlich wird, das betreffende Gebiet abschließend zu regeln, darf die Verwaltung ohne Vorliegen einer Ermächtigung in die Freiheit und das Eigentum nicht eingreifen. ⁴⁾ Diese Folgerung ergibt sich aus der Vorrangstellung der Legislative gegenüber der Exekutive.

Solche Fälle bilden aber nur seltene Ausnahmen; im übrigen bleibt die Gefahr einer Eliminierung der allgemeinen Gewaltverhältnisse wegen des Anschlusses des b.G/s und des Gebietes der Leistungsverwaltung vom Gesetzesvorbehalt immer vorhanden. ⁵⁾ Dieses Ergebnis ist indessen für die überkommene Doktrin vollkommen konsequent, so lange sie das b.G/s - bei Vornahme von Eingriffen oder bei pflegender Tätigkeit - als ein charakteristisches Merkmal der konstitu-

1) s. o. §§ 14 ff u. § 63.

2) Krüger, Staatslehre S. 553 rechtfertigt dadurch diesen Zustand, daß er ein Notstandsrecht des Staates zur Abwendung unvorsehbarer Gefahren der Allgemeinheit darstellt.

3) Vgl. Forsthoff S. 116, 118; Köhl S. 43.

4) Vgl. Köhl S. 57.

5) Vgl. o. § 19, Rupp S. 4, Wolff III S. 138 (Ausschluß der Leistungsverwaltung).

tionellen Monarchie und eine Konstruktion, die dem Innenraum des monarchischen Staates angehört, ansieht. Dem Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der überkommenen Doktrin unterstehen aber ausnahmsweise jene staatlichen Leistungen und Vergünstigungen, die mit Eingriffen und Belastungen untrennbar verknüpft auftreten. Hier bewirkt die Unzulässigkeit des ohne gesetzliche Ermächtigung vorgenommenen Eingriffs auch die der gewährten oder in Aussicht genommenen Leistung.¹⁾

§ 53

Der rechtsfreie Raum des besonderen Gewaltverhältnisses

Die traditionelle Lehre sieht im b.G/s einen Bereich, der dem Recht einfach unzugänglich ist. Da der Begriff des materiellen Gesetzes an einen bestimmten "Rechtsbereich"²⁾ gebunden ist und da nur materielle Gesetze als formelle ergehen dürfen, bedarf es nach der traditionellen Vorbehaltsdoktrin im b.G/s keiner Regelung durch Rechtsverordnungen. Insbesondere meint Laband, daß das b.G/s (Innenverhältnis) keine Lücke im Rechtstext bildet, sondern einen Raum, der durch das Recht - das Recht besteht nach Auffassung Laband's³⁾ nur zwischen einzelnen Subjekten - nicht erfaßt werden kann. Der Einzelne mag ein sehr dringendes Interesse an den Einrichtungen der Verwaltung haben; aus diesem Grund aber "braucht es nicht zum Recht gestaltet werden und als solches geschützt zu sein".⁴⁾ Die Staatsrechtslehre folgt Laband, indem sie mit der Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinn den Begriff der Rechtssetzung und des Rechtssatzes eingeengt aufrecht erhält und damit weite Bereiche des öffentlichen Rechts zum "rechtsleeren Raum" erklärt. Die Geschlossenheit dieser Lehre zeigt sich deutlich bei Otto Mayer mit der Prägung des "b.G/s"; so konnte die Staatsrechtslehre ein ganzes Netz absoluter gerichts- und parlamentsfreier Macht im rechtlichen Sinn als gerechtfertigt erscheinen lassen. Die Normen (Anordnungen) im b.G/s bzw. Innenverhältnis können keine Rechtssätze sein und sie müssen deshalb nicht von der Legislative geschaffen werden; Eingriffe in Freiheit und Eigentum bedürfen also hier keiner parlamentarischen Ermächtigung.

1) Näheres dazu s. bei Huber, Rechtsgutachten S.6; vgl. BVerfGE 6/282; BVerwG 7/185.

2) In diesem Zusammenhang vgl. o. S. 27 und u. S. 118.

3) Laband, Staatsrecht S.181/182; vgl. auch obige Anm.

4) Laband, a.a.O.

5) Vgl. Rupp S.4; Jesch S.207; s. ferner Forsthoff S.51.

IV. KAPITEL

DIE HEUTIGE LEHRE VOM EINGRIFF IN DEN RECHTSFREIEN RAUM DES BE-
SONDEREN GEWALTVERHÄLTNISSES§ 54
Darstellung

Eine eingehende Darstellung der heutigen Lehrmeinungen im b.G/s (Anstaltsbenutzungsverhältnis) hat im ersten Teil, § 24 stattgefunden. Anschließend (§ 25) wurde versucht, gemeinsame Punkte jener Lehrmeinungen hervorzuheben, die nun die herrschende Lehre bilden sollen, und außerdem eine kritische Betrachtung durchgeführt. Das dort Angeführte betrifft hauptsächlich den staatlichen Eingriff im Rahmen des b.G/s bzw. die eingreifende Anst/g, und insofern ist es hierher zu übertragen. - Die heutige herrschende Lehre hält, wie oben (§ 26 "Innen", "Außen") angedeutet, im Grunde an der Laband'schen Methode und Terminologie fest. Sie versucht aber anhand rechtsstaatlich-verwaltungsprozessualer Erwägungen einen Teilbereich aus dem Innenverhältnis durch Gewährung gerichtlicher Kontrolle dem Außen-Rechtsverhältnis zu unterstellen und anschließend ihn als "Außen-Rechtsverhältnis" umzuwerten. Das Bedürfnis nach Sätzen des Rechts soll nämlich das Innen und Außen bestimmen, während diese Unterscheidung wieder für den Begriff des Rechtssatzes ausschlaggebend sein soll. In der Tat sah sich die Lehre bei diesem Versuch genötigt, einen neuen Rechts- und Rechtssatzbegriff nach eigenen Kriterien zu bestimmen, die im Ergebnis eigentlich anderer Art sind als jene der überkommenen Doktrin (Innen, Außen). Die gegenwärtige Lehre stellt auf die "Intensität und Schwere" des Eingriffs ab. Ist der Eingriff besonders gewichtig - parallel gehende Lehrmeinungen stellen auf die "rechtliche oder gerichtlich geschützten Positionen einer Person" oder auf die "persönliche Rechtsstellung" ¹⁾ ab -, so gehört die diesbezügliche Norm bzw. der darauf ergangene Einzelakt dem Außenverhältnis. Sonst handelt es sich um rechtsleere Innenverhältnisse.

§ 55

Kritische Gesichtspunkte

a) Methodische Gesichtspunkte

Gegen die eben erwähnten Abgrenzungskriterien sind - zur Ergänzung der oben angeführten ²⁾ kritischen Bemerkungen und hier in Bezug auf die eingrei-

1) So Wolff I § 46 VII a; vgl. BVerfG in: DÖV 1964/630 (Festsetzung des Dienstalters), JZ 1958/736 (Ausschluß aus einer öffentlichen Anstalt). - Vgl. ferner Huber I S.683 ff; Forsthoff S.170 ff; Bachof, Gedächtnisschrift für Walter Jellineck S.291 ff; MD zu Art. 19 IV GG Nr. 34-37.

2) s.o. §§ 25, 26 m.w.Nachw.

fende Anst/g - methodische und verfassungsrechtliche Einwände zu erheben. ¹⁾ Die Verletzung oder auch nur Berührung rechtlicher Positionen setzt denknottwendig voraus, daß diese Positionen dem Recht gehören. Ferner können zur rechtlichen Qualifizierung der Intensität oder der Schwere eines Eingriffs die Maßstäbe, nach denen sie beurteilt wird, allein vom Recht vorgegeben werden. Rechtliche Bedeutung erlangen beide Momente nur als graduelle Abstufungen einer Interessenlage oder eines rechtlichen Zwanges, nicht aber als Grenzziehung zwischen rechtllichem und nichtrechtllichem Sollen. Weiter hat man kritisch bemerkt, daß die Graduierung der Intensität oder Schwere des Eingriffs auf der Ebene der generellen Normen anders sein kann, als auf der Ebene des diesbezüglichen Einzelaktes. So wird z.B. eine Anweisung im Anstaltsbenutzungsverhältnis, die durch nachhaltige Überschreitung der sie stützenden Verwaltungsverordnung die persönliche Stellung des Benutzers berührt, in einen Verwaltungsakt umschlagen müssen - so der herrschenden Lehrmeinung folgend -, obwohl die Verwaltungsverordnung dem "Betriebsverhältnis" ²⁾ gehört, also die eigene Persönlichkeit des Benutzers nicht berührt. Will man jedoch in dem erwähnten Fall eine Übertragung der Rechtsqualität vom Einzelakt auf die Verwaltungsverordnung annehmen, so bleibt außer den methodischen Bedenken gegen diese Umkehrung die Frage der Rechtsqualität noch offen, wenn keine Vollziehung der Verwaltungsverordnung stattfindet. Schließlich ist an sich unerklärlich, wie sonst als aus Gründen des Rechts eine Anstaltsordnung Geltung und bindende Wirkung entfalten kann. ³⁾

b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte

Erkennt man, daß das Anstaltsbenutzungsverhältnis im ganzen Umfang ein Rechtsverhältnis ist, so geht die eigentliche Frage nicht mehr dahin, in welchem Ausmaß es der Rechtskontrolle unterstellt wird. Die eigentliche verfassungsrechtliche Frage bezieht sich vielmehr auf die Form und die Struktur der es beherrschenden Rechtsregel, vor allem wenn sie Eingriffsmöglichkeiten enthalten. Verfassungsgeschichtliche und verfassungstheoretische Gegebenheiten zwingen hier als souveränes Staatsorgan, welches die angesprochenen Rechtsregeln setzen darf, das Parlament anzusehen. ⁴⁾

In der konstitutionellen Monarchie kam die Souveränität dem Monarch zu. Er war das höchste Organ, welches den Staat in Tätigkeit setzte und erhielt und die oberste Entscheidungsgewalt besaß. ⁵⁾ Auch dem Parlament und dem Volk

1) Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre (2. Aufl.) S. 286; Spanner, DÖV 1963/30; Rupp S. 31 f.

2) Vgl. Rupp a. a. O.; ferner o. S. 46/47.

3) Vgl. Merkl S. 122 f; ferner o. § 23 a, b m. w. Nachw. und dazu noch u. S. 119.

4) Dazu s. Jesch S. 99 f m. w. L.

5) G. Jellineck, Allg. Staatslehre S. 547.

gegenüber war der Monarch das höhere Organ, denn er drückte selbständig den Staatswillen aus, während das Volk bzw. die Volksvertretung nur Mitwirkungsrechte hatte ¹⁾. Unter solchen Umständen fühlte sich der Anstaltsfunktionär als ein Vollzieher der Exekutivgewalt nur dem monarchischen Souverän zugehörig. Außerdem bestand es nach den damaligen Verhältnissen (Dualismus Staat und Gesellschaft) kein Anlaß, die Mitwirkungsrechte der Volksvertretung auch auf das b. G/s zu erstrecken.

Das GG bringt eine grundsätzlich andere Ordnung zur Geltung, welche auch das b. G/s umfassen muß. Nach dem GG spricht die Zuständigkeitsvermutung für das Volk (Volksouveränität Art. 20 II GG), und das Parlament bekommt gegenüber der Exekutive die Stellung des Gesetzgebungsorgans schlechthin. Das Parlament wird jetzt zum höchsten Staatsorgan; die Organsouveränität kommt ihm zu. Andererseits wird die Rechtssetzungsgewalt der Exekutive beschränkt, denn die Rechtserzeugung kann nur auf dem Weg des Art. 80 GG delegiert werden; jede Rechtsverwirklichung hat in der Form von Rechtsakten zu vollziehen, die den in der Verfassung vorgeschriebenen Voraussetzungen entsprechen müssen. Daran ist besonders festzuhalten, wenn es sich um Eingriffe in Freiheit und Eigentum handelt; denn die Grundrechte mit den darin vorgeschriebenen Erfordernissen (formelles Gesetz mit spezieller Ermächtigung) ²⁾ gelten bei Vornahme eines Eingriffs gleichermaßen im besonderen wie im allgemeinen Gewaltverhältnis.

Die Unterwerfung der vollziehenden Gewalt unter das Recht erstreckt notwendigerweise die gerichtliche Kontrolle auf die ganze Exekutivtätigkeit, also ohne Einschränkung auch auf das Anstaltsbenutzungsverhältnis. Die "Lähmung des Anstaltsbetriebes", die dadurch zu befürchten sei, bildet kein stichhaltiges Argument, denn es berührt kaum die rechtliche Seite der Frage, und eine Zulässigkeitsbeschränkung der Klageerhebung im Anstaltsbenutzungsverhältnis sperrt nicht die Möglichkeit aus, Klage zu erheben, über die das Gericht, wenn auch unter anderer Form, zu entscheiden hat. ³⁾ Einzelakte und generelle Normen im b. G/s scheiden nicht deshalb aus einer gerichtlichen Kontrolle aus, weil sie rechtsfrei sind ⁴⁾; denn soweit sie überhaupt Befolgung beanspruchen, gehören sie dem Recht. Eine Justiziabilität sämtlicher Verwaltungsmaßnahmen im b. G/s bzw. Anstaltsbenutzungsverhältnis ist schon durch Art. 19 IV GG notwendig geworden. ⁵⁾ Die ein-

1) Vgl. G. Jellineck, op. cit. S. 542; Jesch S. 86.

2) "Durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes", so die Wortfassung der meisten Grundrechtsbestimmungen, wie z. B. Art. 2 II, 6 III, 8 II, 10 GG.

3) Rupp S. 80; ob eine unzulässige Klage aufschiebende Wirkung hat, ist eine andere Frage; dazu Ule § 80 I 1 a m. w. L.

4) Rupp S. 79.

5) Krüger, Smend-Festschrift S. 223, 225; Jesch S. 98; s. o. S. 6, 47/48 m. w. Nachw.

zige Frage kann nunmehr die sein, ob nämlich die Rechtsakte im Anstaltsbenutzungsverhältnis überhaupt gültig entstanden sind und den vom GG vorgeschriebenen Erzeugungsregeln entsprechen.

c) Strukturelle Wandlung des b.G/s

Neben den verfassungsgeschichtlichen und verfassungstheoretischen Gegebenheiten hat inzwischen das b.G/s eine strukturelle Wandlung erfahren ¹⁾, die es dem allgemeinen Gewaltverhältnis nahegebracht hat. Die Verwaltung hat im Rahmen des b.G/s wichtige soziale Aufgaben übernommen (Stichwort: Leistungsverwaltung), sie hat den Bürger nahezu von ihren Leistungen abhängig gemacht. ²⁾ Die Leistungsverwaltung nimmt auch innerhalb der Leistungstätigkeit Eingriffe in Freiheit und Eigentum vor, wenn sie Gebühren, andere Belastungen sowie auch Strafen den Benutzern erläßt. Der eigentliche Schauplatz der geschilderten Entwicklung ist die Anstalt des öffentlichen Rechts. ³⁾ Der Bürger als Benutzer einer Anstalt zeigt jetzt wegen der Wichtigkeit der Anstaltsleistung ein reges Interesse an Fragen, die zum Innenraum der Verwaltung - der Innenraum umfaßt nach herrschender Meinung einen Teil des b.G/s - gehören. Der gleiche Bürger wird häufig zum Berater der Anstaltsverwaltung und zu deren mitbestimmendem Glied bei der Fassung von Entscheidungen (sog. Anstalten mit körperschaftlichem Charakter wie z.B. Rundfunkanstalten ⁴⁾). Der Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft scheint also wesentlich abgeschwächt, während die soziologische Grundlage des Benutzungsverhältnisses weitgehend geändert wird. Auch wird durch die Ausdehnung der Verwaltungstätigkeit im Rahmen des b.G/s ein Rechtsschutz ebenso nötig wie im allgemeinen Gewaltverhältnis. Dieser kann nur durch eine entsprechende Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltsprinzips gewährleistet werden. Dafür

1) H. Krüger 15/124 ff und Leitsätze 18, 19; Ule VVDStL 15/146; Thieme JZ 1964/82.

2) Die öffentliche Verwaltung errichtet im Rahmen ihrer leistenden Tätigkeit nicht nur aus sozialen (z.B. Verkehrs-, Versorgungsbetriebe und andere Anstalten, die "existenzwichtig" für die Allgemeinheit sind), sondern auch aus erwerbswirtschaftlichen Gründen (staatliche Hotels, staatliche Brauereien und andere) Unternehmungen, welche sie verwaltet; im zuletzt erwähnten Fall konkurriert sie mit den privaten Unternehmungen; vgl. Wolff II § 98 II b; für die Anstalten als Instrumente staatlicher Wirtschaftspolitik s. Krüger, Staatslehre S. 607. - Ferner s. Rupp DVBl 1959/84 f; vgl. u. § 62 m.w.Hinw.

3) Mayer 2. Aufl. Bd. II S. 496 f; Forsthoff S. 118; Jecht S. 49-90.

4) Dazu Jecht S. 102 f, 118 ff; vgl. BVerfG Urt. v. 28.2.61, Leitsatz 10 in JZ 1961/217.

sprechen noch heutzutage die strukturellen Ähnlichkeiten des besonderen und des allgemeinen Gewaltverhältnisses.

§ 56

Der spezifizierte Charakter der Ermächtigung zum Eingriff

Die Anst/g darf in die Individualsphäre nur durch formelles Gesetz oder aufgrund eines formellen Gesetzes eingreifen. Die Ermächtigung muß begrenzt und konkretisiert sein, d.h. aus der ermächtigenden Norm müssen sich Voraussetzungen, Inhalt und Ausmaß des Eingriffs deutlich ergeben (Art. 80 I GG); es reichen also weder globale Ermächtigungen noch Kompetenznormen aus. Das Verbot von globalen Ermächtigungen leitet die Rechtsprechung aus mehreren Verfassungsprinzipien her, und zwar aus dem Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19 II GG)¹⁾, aus der Rechtsstaatlichkeit (Gefährdung der Rechtssicherheit), aus dem Gewaltenteilungsprinzip²⁾ (an der Stelle des Gesetzgebers handle und entscheide die Exekutive) und aus der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung selbst. Die Forderung nach Spezifität der Eingriffsermächtigung ergibt sich ferner - so bis heute, wenn schon in immer abnehmendem Maße, die Rechtsprechung - aus dem von der Verfassung angestrebten (Art. 19 IV), möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Verletzungen des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt.³⁾ Denn der durch die erwähnte Vorschrift den Gerichten erteilte Rechtsschutzauftrag kann nur dann verwirklicht werden, wenn die ermächtigende Norm tatbestandsmäßig so klar umgrenzt ist, daß der Richter den gegebenen Sachverhalt auf seine Übereinstimmung mit dem normativen Tatbestand vollständig zu überprüfen vermag. Sonst wäre ihm kaum möglich, das Verhalten der vollziehenden Gewalt effektiv zu kontrollieren. In Wirklichkeit stehen aber hier nicht die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, sondern die Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherungsgedanken im Vordergrund; das ergibt sich zwanglos aus den betreffenden Gerichtsentscheidungen, wenn sie die Aufgabe des Art. 19 IV GG erst im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips und als Ausfluß aus diesem Prinzip (Art. 20, 28 GG) erklären wollen.⁴⁾ Denn durch eine globale und unbestimmte gesetzliche Ermächtigung ist die Verwaltung - so nach konsequenter Auslegung der betreffenden Entscheidungen - weder an das Recht gebunden, noch wird die Rechtsposition des Bürgers ge-

1) Vgl. BVerwGE 2/116 f, 299, 4/31; BVerfGE 8/76.

2) Vgl. BVerfGE 6/42, 8/76, 13/161; BVerwGE 2/116.

3) BVerfGE 8/76, 326, 13/161; BVerwGE 2/117.

4) Vgl. die grundlegenden Entscheidungen dazu: BVerfGE 8/326, 13/161; BVerwGE 2/117.

genüber dem Staat hinreichend klar und sicher. Zugleich entledigt sich das Parlament seiner Normierungsaufgabe, indem es seine Verantwortung für die inhaltliche Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm nicht selbst wahrnimmt, sondern anderen Organen, nämlich der Exekutive oder dem Gericht, zuschiebt. Dem Parlament ist nach ständiger Rechtsprechung ¹⁾ auch verwehrt, sich seiner Normierungsaufgabe dadurch zu entziehen, daß es im Gesetzestext Begriffe unbestimmten Inhalts verwendet; hier wird die Ermächtigung meistens hinsichtlich des "Ausmaßes" nach Art. 80 I GG als unbestimmt erscheinen. Das verfassungsrechtliche Erfordernis der näheren Bestimmung bezieht sich auf den Sinngehalt der im ermächtigenden Gesetz enthaltenen Begriffe selbst, ohne daß zu ihrer näheren Bestimmung die Zuflucht zu Auslegungswegen - vor allem solchen Wegen, die außerhalb des betreffenden Gesetzes liegen - notwendig gemacht wird. Eine bloß durch die sachlichen Schranken der Tätigkeit des Ordnungsgebers erfolgte Begriffsbestimmung genügt also nicht. Ist die Ermächtigung undeutlich, so geht die Undeutlichkeit zu Lasten der Verwaltung (Anstalt), d.h. ihr ist verwehrt, den Eingriff vorzunehmen, denn Undeutlichkeit bei Vornahme von Eingriffen ist verfassungswidrig und damit nichtig.

Eine so strenge Auslegung der Grenzen des Art. 80 GG (im Rahmen des Erfordernisses nach spezieller Ermächtigung) im Bereich des Rechtsverordnungsrechts wie bei Eingriffen ist bei Leistungsgewährungen nicht zwingend anzunehmen; das Bekenntnis des GG zur Sozialstaatlichkeit ist weniger geprägt als seine Freiheitlichkeit, die in der Verfassung mehrfach erwähnt und gesichert ist (Grundrechtsgarantien!); ferner enthält das GG keinen allgemeinen Anspruch auf staatliche Leistungen, wie es umgekehrt der Fall der Gewährleistung des allgemeinen Rechts auf Freiheit (Art. 2 I GG) ist. ²⁾ Diese verfassungsrechtliche Konzeption vermag es zu rechtfertigen, die Schranken Art. 80 GG innerhalb des Spezialitätsprinzips je nach Aufgabenbereich unterschiedlich bzw. graduell zu verstehen.

Da die Freiheitlichkeit das die Verfassung bestimmende Prinzip bildet, müssen Ermächtigungen zum Eingriff anderer Art als Rechtsverordnungen (z.B. sog. autonome Satzungen) auch durch formelles Gesetz erteilt werden und an engen Schranken festhalten; auch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung büßt seine Funktion Freiheit und Eigentum des Bürgers vor staatlichem Eingriff zu schützen, ein, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung im weiten Bereich des Satzungsrechts eine generelle Ermächtigung erteilt, die in Wahrheit nur eine Generaldispens, nämlich von den Grundrechten, enthält. Für die Rechtsprechung sieht

1) Vgl. BVerfGE 5/77, 8/307, 313, 323, 18/62.

2) Vgl. BVerfGE 8/17, 6/72, 387, 2/12 f.: "im Zweifel für die Freiheit", so Über, Freiheit des Berufs S.28; vgl. auch BVerfGE 4/57, 10/58; BVerwGE 4/197 ff. Ferner v. Mangoldt S.38; BK zu Art. 2 Anm.II 1 b.

die Sache einfacher aus, indem sie im Bereich des Satzungsrechts die Grundsätze für die Übertragung rechtsetzender Gewalt auf rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts durch gesetzliche Ermächtigung nicht gelten läßt. Die zu dieser Frage Stellung nehmenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - siehe BVerfGE 10/49 ff, 12/125 f - vermögen wenig zu überzeugen; sie übersehen völlig die Funktion und den Sinn des Gesetzmäßigkeitsprinzips als eines unumgänglichen Verfassungsgrundsatzes gerade zum Schutz der Freiheitssphäre, versuchen auf künstliche Weise, "staatliche" von "nicht-staatlichen" Stellen zu unterscheiden - als ob die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts keine staatliche Stelle oder keine Stelle der staatlichen Exekutive wäre -, um damit die Anwendung des Gesetzesvorbehaltsprinzips zu rechtfertigen, während dieselben Entscheidungen andererseits so weit gehen, daß sie die Anwendung rechtsstaatlicher Garantien (sogar Art. 80 I GG) - z.B. durch "Umschlag" einer vom Gesetzgeber als Satzung charakterisierten Verordnung in eine Rechtsverordnung - auch im Bereich des Satzungsrechts fordern. Indessen ist beiden Entscheidungen insofern zuzustimmen, als sie eine unmittelbare Anwendung Art. 80 I GG hier ablehnen. Der dem Art. 80 I GG zugrunde liegende Gedanke beansprucht aber Geltung eben so viel im Rahmen des Satzungsrechts wie im Bereich des Rechtsverordnungsrechts; denn die Anst/g vermag als öffentliche Gewalt in beiden Gebieten gleichermaßen in Freiheit und Eigentum einzugreifen; deshalb entbehrt eine Unterscheidung "staatlicher" von "nicht-staatlichen" Stellen der Sachlichkeit und entspricht der Art, Weite und Wichtigkeit der derzeitigen Verwaltungstätigkeit innerhalb der sog. Satzungsautonomie nicht mehr. Es sind also - so das Ergebnis - Schranken der Art von Art. 80 I GG auch auf dem Gebiet der sog. autonomen Satzungen zu ziehen.

V. KAPITEL

DER "FREIWILLIGE" VERZICHT UND DAS GEWOHNHEITSRECHT ALS GRUNDLAGE DER EINGREIFENDEN ANSTALTSGEWALT "

§ 57

Der "freiwillige" Verzicht als Ermächtigungsgrundlage

Ein Teil der überkommenen Lehre ¹⁾ hat die im Anstaltsbenutzungsverhältnis notwendig und zweckmäßig vorgenommenen Eingriffe in Freiheit und Eigen-

1) O. Mayer I S. 98, 108, 254 II S. 285; Fleiner, Institutionen S. 168, 209 in Verb. mit S. 136; Krüger VVDStL 15/109; Forsthoff S. 116, 117, 442 (hier speziell für das Anstaltsbenutzungsverhältnis); Forsthoff ändert später seine Ansicht zugunsten einer gesetzlichen Ermächtigung, vgl. DVBl 1957/724 ff. Thoma äußert sich bedenklich gegenüber einem freiwilligen Verzicht, s. HDStR Bd. II S. 230. Ferner vgl. § 64 des Entwurfes einer Verwaltungsgerichtsordnung für Württemberg. S. auch W. Jellineck S. 122, 123; BVerfG Urt. v. 24. 10. 1956.

tum mit einem "freiwilligen" Verzicht des Benutzers gerechtfertigt. Der Benutzer - so lautet die Ausgangsthese dieser Lehre - stimme, sobald er in ein Anstaltsbenutzungsverhältnis eintrete, ausdrücklich oder stillschweigend der Aufhebung oder Einschränkung seiner Grundfreiheiten zu, soweit es zur Inanspruchnahme der Anstaltsleistung erforderlich sei. Damit unterwerfe er sich den Bedingungen des Anstaltsbenutzungsverhältnisses und er verzichte auf den gerichtlichen Schutz seiner Grundrechte. Art und Ausmaß der Unterwerfung ergebe sich aus dem verfolgten Anstaltszweck, den der Anstaltsträger frei bestimme. Der Anstaltsträger bestimme also im Ergebnis den Umfang der Unterwerfung.

Die Frage, ob das Einverständnis überhaupt öffentlich-rechtliche Wirkungen haben kann, sieht im GG anders aus, als im älteren Recht. Die heutige Verwaltung steht ausnahmslos unter dem parlamentarisch-demokratisch zustande gekommenen Gesetz und unter dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit ihres Verhaltens. Arrangements mit den Betroffenen können dieses Prinzip nicht ersetzen, geschweige denn eine Rechtsgrundlage bieten. Überdies ist ein grundrechtlicher Verzicht des Einzelnen höchst problematisch.

Das Einverständnis des Benutzers ist jedenfalls rechtlich unerheblich bei Eingriffen, die die Menschenwürde verletzen.¹⁾ Als Argument für die Unerheblichkeit eines gegenüber den Anstaltsorganen erklärten Einverständnisses genügt der Hinweis auf die Wertentscheidungsnorm²⁾ des Art. 1 I Satz 2 GG. Diese Norm macht den Schutz der Menschenwürde zur objektiven Verpflichtung aller Staatsgewalten. Von der objektiven Wertschutznorm des Art. 1 I Satz 2 GG wird der Staat auch durch ein subjektives Einverständnis nicht entbunden.³⁾ Dieses muß noch für Art. 19 II GG gelten, wenn Art. 19 II GG die Wertentscheidung des Art. 1 I GG positiv-rechtlich zu verwirklichen bestimmt ist.

Nach verbreiteter Meinung gehört allerdings zum Wesen der Grundrechte als Freiheiten die Möglichkeit eines Verzichtes auf diese.⁴⁾ Wenn der Freiheitsträger nicht die Möglichkeit hat - so argumentiert diese Meinung -, von seinen Freiheiten keinen Gebrauch zu machen, werden sie zu Pflichten degradiert; sie sind keine "Freiheiten" mehr. Mit dieser These wird aber die Frage des Verzichtes auf die Grundrechte als Grundlage für die Anst/g kaum betroffen; denn man muß die Frage des Verzichts von der Frage der Begründung einer öffentlichen Ge-

1) Vgl. BGHSt 5/332 (Lügendetektor).

2) MD zu Art. 2 I GG Nr. 36.

3) MD zu Art. 1 I GG Nr. 22; Dürig, AöR 81/152; s. auch BGHSt 5/332.

4) Vgl. Freudenberger, Annalen 1931/191. Ein Teil der derzeitigen Lehre nimmt immerhin dann einen Verzicht als gültig an, wenn er sich nur auf bestimmte und einzelne Grundrechte beschränkt; vgl. Maunz S. 118; Krüger DVBl 1950/629; v. MK S. 138 f.

walt (Anst/g) unterscheiden; ein globaler Verzicht auf die Grundrechte gegenüber dem Staat ist rechtlich unverbindlich. Ist der Verzicht in seinem Inhalt, seiner Form und seinen Adressaten (z.B. bei Anstalten mit formloser Benutzungszulassung), wie es weiter nachgewiesen wird, wenig bestimmbar, so vermag er weder die Anst/g zu bestimmen noch als wahre Grundlage zu dienen.

Auch die Freiwilligkeit der auf Verzicht gerichteten Willenserklärung ist mit Recht angezweifelt worden.¹⁾ Dies trifft auch auf die Anstalten zu, welche eine faktische Monopolstellung besitzen; bei Anstalten mit rechtlicher Monopolstellung kommt eine Freiwilligkeit ohnedies nicht in Frage. In beiden Fällen ist der Einzelne auf die Anstaltsleistung angewiesen.

Zweifel an der Freiwilligkeit des Verzichts sind ferner bei den meisten Anstalten des öffentlichen Rechts anzumelden; diese Anstalten haben gegenüber dem Publikum eine überragende Stellung inne (Ausübung der öffentlichen Gewalt). Dadurch und durch Ausnutzung der ihnen zukommenden öffentlichen Macht (auch aus der ihnen nahestehenden Benutzung staatlicher Einrichtungen zum eigenen Nutzen, z.B. Rundfunk) können diese Anstalten auf vielerlei Weise das Publikum beeinflussen und für sich gewinnen. Hier verwendet der Staat Mittel und Methoden, die keinem Privaten in gleicher Art und Weise zugänglich sind.²⁾

Aber wenn ein Wille zur Unterwerfung wirklich vorliegt, kann er nicht als unbedingt betrachtet werden. Der Unterworfenen billigt durch die Unterwerfung keineswegs jeden zukünftigen Eingriff, und er wird mit einer Erweiterung seiner Pflichten meistens nicht einverstanden sein.

Ein "Einverständnis" ist ferner bei einer Mehrzahl von Anstalten undenkbar. Es handelt sich um Benutzerkreise, die entweder zur Abgabe einer Willenserklärung unfähig sind (Irren-, Schwerkrankenanstalten, Volksschulen) oder von denen mit Sicherheit eine nicht-zustimmende Willenserklärung zu erwarten ist (Gefängnisse, Fürsorgeanstalten)³⁾.

1) Schon Mayer schiebt oft die "freiwillige Unterwerfung" zur Rechtfertigung des b.G/s beiseite; denn Grundlage zur Rechtfertigung der Anst/g wird bei ihm eigentlich die "Tatsache des Eintritts . . in den Bannkreis der Anstalt", s. Bd. II S. 285; s. aber op. cit. S. 281 ("Benutzungsverhältnis des durch die Polizei in die Irrenanstalt Verbrachten"); s. auch Rupp DVBl 1959/85, ForsthoFF DVBl 1957/724.

2) Das Einverständnis hier entspricht keiner gleichen Partnerschaft (wie es im Sinne des auf liberalen Gedankengängen basierenden bürgerlichen Vertragsrechts war) im Verhältnis des Staates zum Bürger, s. Rupp a. a. O. Vgl. VGh BaWü Urt. v. 5.5.61 (da der Staat mit der Einrichtung eines Gymnasiums nahezu ein tatsächliches Monopol ausübt, kann nicht die Rede von einem freiwilligen Eintritt sein).

3) Weitere Bedenken gegen ein "Einverständnis" melden Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft II S. 249, Rupp a. a. O. S. 84 ff, ForsthoFF DVBl 1957/725 an.

Vor allem ist ein "Verzicht" oder ein "Einverständnis" als Grundlage der Anst/g deshalb abzulehnen, weil der Gesetzesvorbehalt nach dem Sinngefüge der Verfassung einen unumgänglichen objektiven Grundsatz der Verwaltungstätigkeit im Außenbereich bildet. ¹⁾

Im Ergebnis kann der "Verzicht" - gleichgültig ob er stillschweigend oder ausdrücklich erfolgt - oder das "Einverständnis" den Gesetzesvorbehalt nicht ersetzen. Die Rechtslage wird anders, wenn ein Gesetz an der Willenserklärung, welche auf Verzicht gerichtet ist, Folgen knüpft. ²⁾ Dann ist es eine Frage der Gesetzesinterpretation, unter welchen Bedingungen und wie weit der Verzicht die Ausübung der Anst/g rechtfertigt. Erwähnt z.B. die Benutzungsordnung: "keine Erhöhung von Gebühren ist erlaubt, wenn der Benutzer sich dagegen wendet"; hat der Benutzer keine Einwände erhoben, so handelt die Anstalt in diesem Fall richtig, wenn sie erhöhte Gebühren einzieht; denn die Benutzungsordnung hat für diese Frage auf die Willensentscheidung des Benutzers abgestellt.

§ 58

Das Gewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage

Die Konstruktion des freiwilligen Verzichts erweist sich unter der heutigen Verfassungslage als unergiebig und überholt. Ein anderer Teil der Lehre ³⁾ beruft zur Rechtfertigung der Anst/g bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung. ⁴⁾

In der Lehre herrschend ist die Meinung, daß bisheriges Gewohnheitsrecht vom GG nur bedingt rezipiert wird. ⁵⁾ Das hängt mit den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen ⁶⁾ und anderen Grundsatznormen der Verfassung zusammen.

1) s. Rupp S. 113 ff; Jesch S. 4 ff, 154/55.

2) Vgl. etwa BSeuchG § 32 III, GeschlG § 17 II.

3) Wolff § 25 VIII b, § 99 IV a; Bachof Grabmalgestaltung durch Friedhofsordnungen (1954) S. 11, Referat S. 60; H. Krüger wertet in VVDStL 15/122 das b. G/s (damit auch das Anstaltsbenutzungsverhältnis) als eine Hervorbringung, "die nie dem juristischen, sondern dem natürlichen Sein des Staates" zu verdanken ist. Damit verzichtet er auf eine juristische Legitimierung der Anst/g. Ähnlich H. Krüger, Staatslehre S. 553, 837.

4) Auch in der Rechtsprechung wird diese Lehrmeinung vertreten, wie z. B. VGH BaWü Urt. v. 5. 5. 61.

5) Vgl. Forsthoff S. 114; MD zu Art. 123 Nr. 6 GG m. w. L.; Hamann S. 468; v. Mangoldt 1. Aufl. S. 623. OVG Oldenburg in Nds Rpfl. 59/104; VGH BaWü in DÖV 52/282.

6) Wie sie von Wolff I § 25 II, Gedächtnisschrift für W. Jellineck S. 47 ff bestimmt werden.

Bestimmende Art. zu der Haltung des GG gegenüber dem rezipierten Gewohnheitsrecht sind: Art. 20 I, 28 I (demokratischer, sozialer Bundesstaat), Art. 20 III, 80 I (Gesetz-, Rechtsmäßigkeit), Art. 1 I, Art. 19 II (Primat der Freiheit) und die meisten Grundrechtsvorschriften (Gesetzesvorbehalt) des GG. Aufgrund dieser Bestimmungen erhält - so die herrschende Meinung - der Begriff des Gesetzes und des Gewohnheitsrechts einen neuen materiellen Gehalt.¹⁾ Verstößt ein Gesetz gegen die Wertungen, die in den genannten Bestimmungen enthalten sind, so ist es nichtig.²⁾ Diesen Bestimmungen unterliegt um so mehr das Gewohnheitsrecht als eine dem Gesetz untergeordnete, weil vom Gesetz delegierte Rechtsquelle.³⁾

Nach herrschender Lehre ergeben sich verfassungsrechtliche Schranken für die Entstehung gewohnheitlicher Rechtsregeln, vor allem aus Art. 1 I in Verbindung mit Art. 19 II GG (die Menschenwürde als Wesensgehalt der Grundrechte) sowie auch aus dem Vorbehalt des Gesetzes, so weit es reicht (Eingriffe in die Individualsphäre). Da der Gesetzesvorbehalt nach der hier vertretenen Ansicht aber das ganze Anstaltsbenutzungsverhältnis umfaßt (pflegende Anst./g), muß die Entstehung einer gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung sich innerhalb dieses Gebietes als unmöglich erweisen. Darüber hinaus ergibt sich die Unmöglichkeit eines Gewohnheitsrechts im Bereich der vollziehenden Gewalt aus dem immanenten Sinn der Verfassung, nach dem sie als einzigen Weg der Rechtsschöpfung nur den parlamentarischen Akt (Rechtssetzungsmonopol des Parlaments) kennt. Unter diesem Umstand könnte eine Gewohnheit nur kraft gesetzlicher Zulassung, also nicht aus eigener Kraft, Rechtsverbindlichkeit erlangen.⁴⁾ Dieser Grundsatz hat für die gesamte Vollziehung auch dann Geltung zu beanspruchen, wenn er nicht explizit (Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in die Individualsphäre), sondern bloß implizit (Leistungsverwaltung) in der Verfassung ausgesprochen ist.⁵⁾

Die Annahme eines Gewohnheitsrechts bei den Anstalten der ersten Gruppe stößt auf besondere Schwierigkeiten, die die Entstehung eines Gewohnheitsrechts,

1) Vgl. Hamann a. a. O., Forsthoff a. a. O.

2) Die Geltung der genannten Bestimmungen ergänzt Art. 123 I GG, wenn es die Fortgeltung des älteren Rechts (vor dem Zusammentritt des ersten Bundestages) von seiner (inhaltlichen) Übereinstimmung mit dem GG abhängig macht; dazu s. MD zu Art. 123 GG Nr. 3; Maunz S. 197; Hamann S. 468.

3) So Merk1 S. 105. Die h. M. geht aber dahin, daß das Gewohnheitsrecht eine dem Gesetzesrecht ebenbürtige Rechtsquelle, weil die verhältnismäßig geringe Durchdringung der Verwaltung mit gesetztem Recht der Heranziehung von ungesetztem Recht größeren Raum lasse; vgl. auch BVerwGE 8/321 f. Kritik gegen die h. M. s. bei Merk1 S. 105/106.

4) s. Merk1 S. 104.

5) Merk1 a. a. O.

wie es die herrschende Lehre versteht, schlechthin ausschließen müssen. Denn den Insassen eines Irrenheimes, einer Krankenanstalt oder einem Schüler fehlt weitgehend das geistige Niveau, welches die Bildung einer *opinio necessitatis*, als Bedingung zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts - so die herrschende Meinung, die das Bildungsmoment jedenfalls auf den "interessierten Personenkreis" bezieht -, voraussetzt. Außerdem kann man hier überhaupt von einer *opinio necessitatis* kaum sprechen - falls das geistige Niveau bei Einzelnen vorläge -, weil der Betroffene meistens den Anforderungen der Zwangsgewalt der Anstalt (passive Anpassung) unterworfen ist. Die Befolgung der Anst/g beruht hier nicht auf innerer Überzeugung (*opinio necessitatis*), sondern auf physischem oder moralischem Zwang.¹⁾ - Ferner läßt sich innerhalb der ganzen Anstaltsverwaltung (angesichts der weitgehenden Differenzierung und Spezialisierung [Technisierung] der Verwaltungstätigkeit) der Ausdruck einer Rechtsüberzeugung zu oft subtilen und komplizierten Fragen, die auch die Benutzer betreffen, kaum erwarten.²⁾

Im Bereich des Eingriffs kann eine gewohnheitliche Ermächtigung weder vertretungsweise für fehlende legislative Ermächtigung, noch vorübergehend für eine Übergangszeit anerkannt werden. Die Rechtsgarantien der Verfassung für einen umfangreichen Schutz der Individualsphäre verbietet jede Grundlage zum Eingriff, die die Kautelen und Voraussetzungen, wie sie beim Erlaß gesetzter Rechtsregeln bestehen (z. B. Art. 80 GG) unterläuft und keine Zustimmung der Volksvertretung in der Form des Gesetzes vorweisen kann. Die Übernahme einer Verwaltungspraxis aus der rechtslosen Zeit des Absolutismus in das GG und ihre nachträgliche Wertung im Sinne eines Gewohnheitsrechts zur Rechtfertigung von Eingriffen würde eine grobe Art staatlicher Beeinträchtigung der Individualsphäre darstellen; die strikte Ablehnung dieser Konstruktion erscheint als die einzige verfassungsrechtlich gebotene Reaktion.

VI. KAPITEL:

§ 59

Die Anwendung des Gesetzesvorbehaltes bei den Anstalten der "ersten Gruppe"

Der Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Freiheit und Eigentum aktualisiert sich hauptsächlich bei Anstalten der ersten Gruppe (dazu s. S. 58). Damit wird ein kurzer Überblick über besondere Fragen dieser Anstaltsgruppe aus der Sicht

1) Forsthoff S. 134; Wolff § 25 IIIa. Dagegen Preuß. OVG im Ur. v. 17.10.1912 (Pr. VBl Bd. 35 S. 110); dieses Gericht schließt von der tatsächlichen Übung auf die Rechtsüberzeugung.

2) Vgl. Forsthoff S. 134.

des Gesetzesvorbehaltsprinzips gerechtfertigt. ¹⁾

a) Schulen

Eine wichtige Gattung aus dieser Gruppe bilden die Staatsschulen. ²⁾ Die Schulbehörden (Direktor, Klassenlehrer u. a. im folgenden "Lehrer" genannt) sind berechtigt, auf die Benutzer der Schule (im folgenden "Schüler" genannt) Anst/g auszuüben. Die Tätigkeit der Anst/g im Bereich der Schule bezieht sich auf den gesamten Schulbetrieb, wie er weitgehend durch den sog. Lehrplan bestimmt wird, einschließlich Prüfungen und Disziplin. ³⁾

Die vom Kultusminister erlassenen Lehrpläne sind Teil der Schulordnung und damit Rechtsnormen; sie enthalten abstrakt-generelle Regelungen, die die Benutzer einer öffentlichen Anstalt betreffen. ⁴⁾ Durch Verwaltungsmaßnahmen, die den Lehrplan ausführen, kann also ein Eingriff in die Individualsphäre (z. B. in die freie Persönlichkeitsentfaltung oder in das Recht der Allgemeinbildung, wenn sie durch den Lehrplan erschwert werden ⁵⁾) vorgenommen werden. Notwendig zum Vorliegen eines Eingriffs ist nicht, daß er sich eventuell auf die Aufnahme in die Schule, die Versetzungs- oder Prüfungsentscheidung sowie den Ausschluß aus der Schule bezieht. Denn aus der Stellung des Schülers als eines Außenstehenden ergibt sich, daß seine Individualsphäre auch im Rahmen des sog. "Betriebsverhältnisses" beeinträchtigt werden kann. Der Lehrplan untersteht also insofern dem speziellen Gesetzesvorbehalt. Demnach stellen die vom Kultusministerium, eventuell von Schulbehörden und dgl. erlassenen Lehrpläne keine genügende Rechtsgrundlage dar, da sie kein Gesetz im verfassungsrechtlichen Sinn sind. Aus dem gleichen Grund muß eine gewohnheitliche Begründung zum Erlass der Lehrpläne zurückgewiesen werden, auch wenn sie für spezielle Bereiche nachweisbar ist.

Die Unterrichtsdauer und die Unterrichtsart werden auch im Lehrplan bestimmt. Durch diese Bestimmungen, die das Verhältnis Lehrer - Schüler betreffen, kann letztlich in die in Art. 2 I GG garantierte Freiheit eingegriffen werden,

1) Eine weitere Behandlung würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

2) So nennt die Schulen Wolff § 104 II b zur Unterscheidung von den "Kirchenschulen". - Zum Begriff der Schule s. Heckel, Privatschulrecht S. 218; Wolff § 101 II a; vgl. VGH München in DVBl 57/802.

3) Zum Umfang der Anst/g im Bereich des Schulwesens (manchmal wird hier auch von dem unklaren Begriff der "Schulaufsicht" Gebrauch gemacht) s. Heckel DÖV 1952/618; Wolff § 101 VI c, VII, VIII; OVG Koblenz AS 2/286, 295 f.

4) So die h. M. in Rechtsprechung und Lehre; VGH BaWü Beschl. v. 30.7.1960; VGH BaWü Beschl. v. 5.5.61 m. w. Nachw.; vgl. VGH BaWü Beschl. v. 14.5.63, JZ 1964/627.

5) Vgl. VGH Beschl. v. 5.5.1961, Beschl. v. 14.5.63 (betr.: Art. 12 I GG).

wenn die Gestaltung der Stunden überhaupt (Dauer der Stunden, Art des Unterrichts) die Entfaltungsfähigkeiten eines Schülers nicht fördert oder sie sogar behindert. 1)

Gemäß dem für die Stellung des Schülers gegenüber der Schule Angeführtem darf die Beurteilung von Schülerleistungen (z.B. Prüfungsnoten) nicht außerhalb des Gesetzesvorbehaltes liegen. Die gesetzliche Ermächtigung muß nach wie vor ausdrücklich sein, denn sonst würde in Wirklichkeit die Praxis des rechtsfreien Raumes innerhalb des GG nur fortgesetzt. Die Forderung nach der spezifizierten Ermächtigung wird erfüllt, wenn im Gesetz, soweit die Maßstäbe für das Handeln des Lehrers enthalten sind, daß bei einer nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle dem Richter möglich wird, die Übereinstimmung der diesbezüglichen Schultätigkeit mit dem spezifizierten Willen des Gesetzgebers nachzuprüfen; so hat der Gesetzgeber das Zustandekommen der Beurteilung des Lehrers über die Schülerleistungen in formeller und materieller Hinsicht zu regeln, damit die Befugnis des Lehrers durch die Herstellung abgegrenzter Leistungs- und Eingriffstatbestände - da bei der Beurteilung der Schülerleistung das Moment des staatlichen Eingriffs mit dem der Pflege untrennbar verknüpft ist, reicht dieselbe gesetzliche Grundlage für beide - eingeschränkt und rechtlich gebunden ist. Durch diese Einschränkung geht der höchst persönliche unvertretbare Charakter des Urteiles des Lehrers - so nach der Auffassung der herrschenden Lehre 2) - nicht verloren.

Von Seiten der Eingriffsproblematik erhält auch das sog. Züchtigungsrecht Bedeutung. Unterliegt dieses Recht auch - genau so wie die eingreifende Anst/g³⁾ dem Gesetzesvorbehalt?

Das Züchtigungsrecht umfaßt körperliche Schmerzzufügungen, die ein erzieherisches Ergebnis auf den Schüler beabsichtigen 4). Strafrechtlich betrachtet erfüllt die körperliche Züchtigung den Tatbestand der Körperverletzung 5) (§§ 223, 223b StGB); verfassungsrechtlich stellt sie einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit 6) (Art. 2 II, Satz 1 GG) dar 7), und bei schwereren Fällen kann die

1) Im Urt. v. 5.5.1961 VGHS BaWü ist die Rede von einer "Begabung".

2) Wolff § 31 II a, § 101 VI b a; vgl. Ule VVDStL 15/170 f; BVerfGE 11/165 ff.

3) s. o. § 56.

4) Maurach S. 74 m. w. Nachw.

5) Dagegen BGH im Urt. v. 23.10.1957.

6) MD zu Art. 2 II GG Nr. 47. Nach dem zitierten Urteil des BGHS umfaßt Art. 2 II Satz 3 nur schwerwiegende Eingriffe (Zwangsbehandlung und dgl.).

7) Mindestens inhaltlich decken sich § 223 StGB (Körperverletzung) und Art. 2 II Satz 3 GG (Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit). So die h.M.: v. MK S. 187; v. Münch JZ 1958/74; Stettner RdJ 58/171 f; MD a. a. O. Nr. 45. Eine Ausnahme bildet das Urt. BGH v. 23.10.1957.

Züchtigung über den Menschenwürdegehalt gegen Artikel 19 II GG verstoßen. So vermag der Gesetzesvorbehalt vom Art. 2 II, Satz 2 GG seine ganze formelle Sperrwirkung ¹⁾ zu entfalten. Bei konsequenter Durchführung dessen ²⁾ hat man als ungenügende Rechtsgrundlage zur Ausübung des Züchtigungsrechts Ministerialerlasse, Rundschreiben u. a. Verwaltungsverordnungen anzusehen; denn ihnen fehlt die ausreichende rechtliche Basis ³⁾ gemäß Art. 2 II, Satz 2 GG. Da Gewohnheitsrecht kein Gesetz im Sinne Art. 2 II Satz 2 GG ist, muß auch eine gewohnheitsrechtliche Begründung ⁴⁾ des Züchtigungsrechts abgelehnt werden. ⁵⁾ Um so weniger darf man heute ein körperliches Züchtigungsrecht des Lehrers als Erziehungsmittel aus dem b. G/s ⁶⁾ oder aus dem verfolgten "Zweck" (Bildung, Erziehung) der Schule ⁷⁾ ableiten.

Eine Rechtsgrundlage zur Ausübung des Züchtigungsrechts, die den Gesetzesvorbehalt Art. 2 II GG erfüllt, bietet § 53 StGB. ⁸⁾ Die Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts werden im § 53 I, II StGB bestimmt. Der Lehrer steht hiermit gegenüber Rohheiten, Beleidigungen, Betrügereien und Eingriffen, die gegen ihn und gegen Schüler gerichtet sind, nicht wehrlos; denn er darf, um die gute Ordnung in der Klasse aufrechtzuerhalten, soweit es erforderlich ist, Schläge versetzen und andere Verteidigungsmaßnahmen ergreifen.

b) Geschlossene Krankenanstalten

Aus den Anstalten der ersten Gruppe bilden die öffentlichen geschlossenen Krankenanstalten eine Sondergattung. Da der Benutzer dieser Anstalten (Kranke) von der Umwelt abgeriegelt ist, hat man sie "abgeschlossene" ⁹⁾ Anstalten genannt. Sowohl die Unterbringung als auch die ärztliche Behandlung erfolgen hier meistens durch Zwang. ¹⁰⁾

1) MD a. a. O. Nr. 47.

2) Der Senat des BGHs hat die Meinung vertreten, daß bei körperlichen Eingriffen zwecks Züchtigung der Ernst dieses Grundrechts (Art. 2 II Satz 1) in Frage zu stellen ist.

3) Stettner, RdJ 58/200 f; MD a. a. O. Nr. 47. A. M.: VGH BaWü v. 14. 5. 64 m. w. Jud.

4) Darauf stützt sich die herrschende strafrechtliche Lehre; s. Maurach S. 72 ff; Schöнке-Schröder zu § 223 StGB.

5) Zum Gewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage vgl. S. 105, 129/130

6) Ablehnend gegenüber dem b. G/s als Ermächtigungsgrundlage scheint auch BGHSt 6/269 zu sein.

7) So argumentierte die ältere Lehre, s. W. Jellineck S. 216.

8) MD a. a. O. Nr. 46. Zum Fall des sog. pädagogischen Notstandes s. Mayer DVBl 56/469 ff; OVG Schleswig, DVBl 56/485 f.

9) So meistens bei den Irrenanstalten. Vgl. ferner GeschlG §§ 2 I, 3 I S. 2, 4 II; BSeuchenG §§ 34 I, 37 I, II.

10) Wolff § 98 II h 3.

Von Seiten der Eingriffsproblematik empfiehlt es sich, zwischen "Unterbringung" und "ärztlicher Behandlung" in der geschlossenen Krankenanstalt zu unterscheiden. Da die Unterbringung eine Einschränkung der Freiheit der Person (Art. 2 II, Satz 2 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 I GG) und manchmal der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 II, Satz 1 GG) zur Folge hat, wird der Erlaß eines formellen Gesetzes erforderlich; solche Gesetze, die hier meistens in Betracht kommen, sind das StGB und andere bes. StG. Das Gesetz muß ferner eine spezifizierte Ermächtigung ¹⁾ enthalten gemäß des auf S. 99 ff Dargelegten.

Bei der "ärztlichen Behandlung" wird das Recht auf körperliche Unversehrtheit fast immer verletzt, wenn man die "körperliche Unversehrtheit" nicht nur objektiv - wie ältere Auffassungen im Sinne von Veränderungen an der körperlichen Substanz -, sondern auch subjektiv versteht; so werden damit auch subjektive körperliche Empfindungen gemeint, die mit keinem (z.B. das Scheren der Haare) oder mit geringen physischen Schmerzen (z.B. Blutentnahme) verbunden sind. Ob der Eingriff im Interesse des Benutzers erfolgt, z.B. Heilbehandlung, ist gleichgültig für das Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes; denn niemand darf, sofern ein Gesetz zulässigerweise nicht etwas anderes bestimmt, zu einem Heileingriff gezwungen werden ²⁾. Das Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes zum Heileingriff ersetzt nicht die Tatsache, daß der Kranke von dem Heim Leistungen (z.B. Nahrung, Sauberkeit) verlangen kann; denn für jeden Zwang zur Heilbehandlung ist eine spezielle gesetzliche Ermächtigung notwendig ³⁾ (Art. 2 II Satz 3 GG).

c) Gefängnisse

Die Gefängnisse bilden die dritte Sondergattung aus den Anstalten der ersten Gruppe, welche eine besondere Untersuchung aus der Sicht des Gesetzesvorbehaltes verdient.

Zur Prüfung des Gesetzesvorbehaltes wird hier nochmals zwischen "Unterbringung" in eine Strafanstalt und dem eigentlichen "Strafvollzug" unterschieden. - Die Unterbringung erfolgt immer auf Grund eines Strafurteils, welches in einem formellen Gesetz - oder gemäß Gerichtsentscheidungen in einer formellen, gesetzlichen Ermächtigung innerhalb des engen Rahmens des Art. 80 I GG - mit genauer Tatbestandsumschreibung (Vermeiden von wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen) und genügend bestimmten Rechtsfolgen (bezüglich der Art

1) So z.B. BSeuchenG § 37 I, GeschlG §§ 3 II, 18 I, II.

2) A.M.: Dürig in MD zu 2 II GG Nr. 39.

3) Anders MD zu 2 II GG Nr. 38 und die h.M.; vgl. aber Hamann S. 83, Rupp S. 143, Jesch S. 223 f, 226.

sowie der Höhe der Strafe) fundiert sein muß. ¹⁾ Aus Art. 104 I GG ergibt sich nicht nur die Verpflichtung der Exekutive, daß das die Freiheit beschränkende Gesetz vom Bundestag oder von einem Landesparlament (formelles Gesetz) erlassen sein muß; denn es muß noch - so die herrschende Auslegung des Art. 104 I GG - dem Inhalt nach einen generellen Charakter besitzen (Gesetz im materiellen Sinn), und sofern es sich um freiheitsentziehende Gesetze handelt (Art. 104 II GG), bestimmten Voraussetzungen justizförmiger Verfahrensvorschriften entsprechen, unter deren Wahrung nur die Freiheit entzogen werden darf. ²⁾ - Das Strafurteil fallen legitim ³⁾ angestellte öffentliche Organe (Richter) nach gesetzlich vorgeschriebenem Verfahren. ⁴⁾ Den Inhalt des Urteilsspruches schreibt die Strafprozeßordnung vor. ⁵⁾ Im Urteilstenor muß die genaue Zeitdauer der Strafe angegeben sein; außerdem kann es spezielle Bedingungen für die Strafvollstreckung (z.B. Arbeitspflicht nach § 42 i StGB) enthalten. Die Freiheit wird also bei der Unterbringung auf Grund und unter den Garantien des formellen Gesetzes eingeschränkt (StGB, StPO, bes. StG). Damit wird dem Gesetzesvorbehalt genügend Rechnung getragen.

Aber auch Maßnahmen der Gefängnisbehörden (durch sog. Strafvollzugsordnungen, -richtlinien), die im Rahmen der Vollstreckung des Strafurteiles in Angriff genommen werden, dürfen, nach der hier vertretenen These, von dem Vorbehalt des Gesetzes keine Ausnahme machen. Anders verfährt die Verwaltungspraxis, wenn sie Strafvollzugsordnungen ohne gesetzliche Ermächtigung und ohne Verkündung erläßt. ⁶⁾ Die Rechtsprechung ist indessen so weit gegangen, daß sie die Zulässigkeit sowie auch die Art und Weise der Vollstreckung betreffenden Einzelmaßnahmen der Gefängnisleitung, welche auf Grund der Strafvollzugsverordnungen ohne gesetzliche Ermächtigung ergreifen werden, mehrfach als gerichtlich nachprüfbare Verwaltungsakte qualifiziert hat. ⁷⁾ Die Weite des dadurch "verrechten" Bereiches im Strafvollzug wird insofern beschränkt, als die h.M. nur die mit der gerichtlichen Entscheidung im Widerspruch stehende Vollstreckung unter

1) So Maurach, Allg. Teil (1965) S.81, 703 ff; Welzel, Allg. Teil (1965) S.18.

Für strengere Voraussetzungen hinsichtlich der Höhe der Strafe Baumann, Strafrecht (1965) S.104; v. Mangoldt S.547; vgl. BVerfGE 14/252.

2) MD zu Art. 104 GG Nr. 19; v. Mangoldt S.549; vgl. BVerfGE 10/323.

3) Unter den Garantien der Art. 97, 101 Satz 2 GG.

4) Vgl. § 264 der StPO ff. S. OLG Bremen v. 31.7.1959 in NJW 1959/2176.

5) s. StPO § 206.

6) Eine Ausnahme könnte für das Justizministerium von BaWü (s. "Die Justiz" 1.1.1962 S.1) gelten.

7) BGH, Beschl. v. 21.2.64 in JZ 1964/659 f m.w.Hinw. und hierzu Anmerkung von Pohlmann. Ergänzend, Müller-Sax in Komm. zur Strafprozeßordnung I (1965) S.1310/11.

gerichtliche Kontrolle fallen läßt. ¹⁾ Die Erstreckung des Gesetzesvorbehaltsprinzips auf die Strafvollzugsmaßnahmen darf aber nicht nach solchen äußerlichen Kriterien beurteilt werden, mit dem Ergebnis, daß seine Anwendung auf halbem Wege bleiben muß; ferner stellen § 489 StPO und §§ 23 ff Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (EGGVG), die von der h.M. als Grundlage zur gerichtlichen Prüfung gezogen werden, keine Ermächtigung der Gefängnisleitung dar, so daß zumindest ein Teilbereich des Strafvollzuges unter dem Gesetzesvorbehalt stünde. Der Vorbehalt des Gesetzes beansprucht vielmehr als unumgänglicher verfassungsrechtlicher Grundsatz bei jeder Berührung der Verwaltung mit den Verwalteten Geltung, vor allem dann, wenn in Rechte des letzteren (z.B. Art. 2 I, II, 104 I GG) eingegriffen wird; eine Unterscheidung zwischen an den Richterspruch anknüpfenden und daran nicht anknüpfenden Vollzugsmaßnahmen ist demnach für die Anwendung des Gesetzesvorbehaltes verfassungsrechtlich unangebracht und außerdem noch rechtspolitisch höchst bedenklich; denn man hat die Garantien des Gesetzesvorbehaltsprinzips eben dort am nötigsten, wo die Rechtsstaatlichkeit (Grundrechte unter dem Vorbehalt des Gesetzes) am ehesten betroffen werden kann. ²⁾

Die rechtliche Zulässigkeit der Strafvollzugsmaßnahmen ergibt sich also nicht aus den Strafvollzugsordnungen und -richtlinien, da sie kein Gesetz im formellen Sinne sind; es sei denn, daß die Strafvollzugsordnungen, -linien sich je nach ihren besonderen Tatbeständen - die Eingriffstatbestände sind an strengere Voraussetzungen, nach dem Dargelegten auf S. 99 f gebunden - auf eine spezifizierte Ermächtigung stützen.

Besondere Schranken stellt die Verfassung dem Strafvollzug im Art. 104 I S. 2; ³⁾ sie binden in erster Linie den Gesetzgeber und zugleich schreiben sie ihm die letzten Eingriffsgrenzen in die Freiheit von festgehaltenen Personen vor (sog. materielles Freiheitsgrundrecht ⁴⁾); seelische und körperliche Mißhandlungen sind gemäß dem erwähnten Art. verboten. Dieser Tatbestand konkretisiert die Menschenwürde und deckt sich ⁵⁾ mit Art. 2 II S. 1 GG (Schutz der körperlichen Un-

1) Vgl. Pohlmann, JZ 1964/660.

2) In diesem Sinn auch Ule VVDStL 15/220; dementgegen stellt die h.M. auf den Standpunkt ab, daß je intensiver das b.G/s ist (Schulbeispiel: Strafanstalten), um so weniger Rechtsschutz zu gewähren sei. Die Fragwürdigkeit der herrschenden Auffassung in verfassungsrechtlicher Hinsicht liegt auf der Hand.

3) s. BVerfGE 2/118 ("die Form des Vollzuges ist durch das in Abs. I Satz 2 ausgesprochene Verbot ... beschränkt").

4) Art. 104 in I Satz 1, II Satz 1, 2, III Satz 1 GG erwähnt diese Voraussetzungen; dazu s. MD zu Art. 104 GG Nr. 20 a, Hamann S.427.

5) Hamann S.429; MD a.a.O.

versehrtheit). Mit "körperlicher Mißhandlung" wird nach herrschender Auslegung jede unangemessene und üble Behandlung gemeint, die die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt; Erregung von Schmerzen ist nicht erforderlich. ¹⁾ Die reichhaltige Judikatur zu § 223 StGB kommt also bei der Bestimmung der "körperlichen Mißhandlung" notwendig in Betracht ²⁾; so liegt sie vor z.B. bei Unterbringung in unheizbaren und dunklen Zellen, bei mangelhafter Verpflegung. ³⁾ Die "mangelhafte Verpflegung" ist immer vorhanden, wenn auf die Gesundheit des Gefangenen keine Rücksicht genommen wird. ⁴⁾ Als "seelische Mißhandlungen" sieht die h. Lehre jene Behandlungen an, die entwürdigend einwirken und das Ehrgefühl des Gefangenen verletzen ⁵⁾, so z.B. Bloßstellungen, Maßnahmen, welche die freie Willensbildung beeinträchtigen ⁶⁾ (Wahrheitsspritzen, narkoanalytische Mittel, sofern sie nicht als körperliche Mißhandlungen bereits verboten sind).

3. ABSCHNITT: PFLEGENDE ANSTALTSGEWALT

I. KAPITEL

HERKUNFT UND BESCHREIBUNG DER PFLEGENDEN ANSTALTSTÄTIGKEIT

§ 60

Die politische Stellung der pflegenden Anstaltsverwaltung

Die pflegende Verwaltung bildet eine bedeutsame, aber keineswegs vollkommen neue Erscheinung des 20. Jahrhunderts. ⁷⁾ Die Ausübung pflegender Tätigkei-

1) Hamann S. 429; MD zu 104 GG Nr. 21 aa; vgl. RGSt 19/136.

2) Vgl. Komm. Schönke-Schröder zu § 223 StGB.

3) Die Beispiele aus MD a. a. O. und Hamann a. a. O.

4) Anders OVG Schleswig: ein magenkranker Gefangener wollte Weißbrot haben; er bekam es aber nicht. In einem anderen sich in Hamburg zugetragenen Falle wollte der Strafgefangene nicht mehr den Anstaltsarzt, denn er hatte zu ihm kein Vertrauen, in Anspruch nehmen, sondern einen anstaltsfremden Arzt. Beide Fälle sind aus Ules Referat in VVDStL 15/221 übernommen.

5) Vgl. Hamann S. 429; MD zu 104 GG Nr. 22.

6) Hamann a. a. O.

7) Vgl. Jesch S. 177. Die pflegende Tätigkeit der Verwaltung wird hauptsächlich in der Form der Anstalt ausgeübt. S. Wolff § 3 II c 1; Forsthoff S. 118. Die Bestimmungen: "pflegende Verwaltung" und "pflegende Anstaltsverwaltung" deken sich daher größtenteils.

ten war dem bürgerlichen liberalen Staat bereits bekannt; denn die Funktion z. B. einiger Versorgungsbetriebe macht sich schon in der Bildungszeit der modernen Großstädte bemerkbar. Im Laufe dieses Jahrhunderts bemerkt man eine zunehmende Schaffung neuer Versorgungsbetriebe, die wichtige Aufgaben für das Gemeinwesen wahrnehmen. Außer den Versorgungsbetrieben (Anstalten) werden auch andere Anstalten ins Leben gerufen. Sie üben pflegende Tätigkeiten aus ¹⁾, die mit der Tätigkeit der überkommenen Versorgungsbetriebe nicht identisch sind (so die Versicherungsorganisationen, Rundfunkanstalten). Die stetige Ausbreitung der pflegenden Staatstätigkeit führt heute zu einer Verlagerung der Staatsfunktionen. ²⁾ Die neuen wahrgenommenen Aufgaben prägen immer weiter die öffentliche Verwaltung, während die traditionelle sog. ordnungsbewahrende Verwaltung ³⁾ (klassisches Beispiel: Polizei) verdrängt wird.

Der bürgerliche Staat hielt sich, konsequent mit der ihn bestimmenden Ideologie, von der Wahrnehmung pflegender Aufgaben fern. Wenn er vor der Notwendigkeit stand ⁴⁾, sie wahrzunehmen, wurde die Wahrnehmung auf einen möglichst geringen Umfang beschränkt. Die Art der Wahrnehmung war für den bürgerlichen Staat bezeichnend. Sie wurde nach den Regeln des Privatrechts vorgenommen ⁵⁾; denn immerhin betrachtete der Staat die pflegenden Aufgaben als eine "Verwaltung fremder Angelegenheiten". Sie fielen nicht unter seine eigentliche Aufgabe, sondern die Gesellschaft hatte sie wahrzunehmen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Wohlfahrt und Freiheit löste der bürgerliche Staat zu Gunsten der Freiheit, welche in den speziell verbrieften Freiheitsrechten als den besonderen Formen der allgemeinen Freiheit bei den liberalen und den heutigen Verfassungen zu finden ist. Für die bürgerliche Staatskonzeption bestand die Wohlfahrt des Gemeinwesens in der Anerkennung von Freiheitsräumen (nicht in staatlichen Leistungen) innerhalb deren der "Bürger" bzs. die Gesellschaft ⁶⁾ sich selbständig entwickeln konnte.

1) Dazu vgl. Becker VVDStL 14/109, 111 m.w.Lit.; Wolff § 3 IV a) 9, 12, 17, 18, 21 b) c), 40, 41, 42, 45, 46; Wolff schildert hier die möglichen Tätigkeitsgebiete einer öffentlichen pflegenden Verwaltung nach dem Muster-Geschäftsverteilungsplan der Nordrhein-Westfälischen Bezirksregierungen.

2) Vgl. Becker op.cit. S. 98 (die Leistungsaufgaben stehen im Mittelpunkt der Verwaltungstätigkeit); Jesch S. 177 im Anschluß an Forsthoff S. 56 ff; ferner vgl. bei Forsthoff, Rechtsfragen S. 23.

3) Die Bestimmung dieses Ausdrucks findet sich in VVDStL 14/175 (Bachof).

4) Das geschah allerdings dort, wo die private Initiative versagte.

5) s. Forsthoff S. 35, 322.

6) Vgl. Anschütz, Kommentar zur preußischen Verfassung S. 91 ff; C. Schmitt, Verfassungslehre S. 163.

Von einer ebenso festen Ideologie mit entsprechend starrer Wertabstufung geht das "credo" des absoluten Wohlfahrtsstaates aus. Sein Verhältnis zum Schema Freiheit- Wohlfahrt ist genau das Umgekehrte. Die Antinomie zwischen Wohlfahrt und Freiheit wird zu Gunsten der Wohlfahrt entschieden, womit im Namen dieser Wohlfahrt die Freiheit geopfert werden muß.

In Anbetracht beider erwähneter Grundkonzeptionen ist eine pflegende Verwaltung weder die Fortentwicklung der liberalen Konzeption noch das konsequente Produkt einer kommunistischen Betrachtungsweise. Sie steht dazwischen ¹⁾, und sie versucht einen materiellen Zustand zu schaffen, welcher nur fragmentarische Elemente aus der erwähnten gegensätzlichen Staatsideologie entnimmt, ohne daß jedoch die dadurch entstandene Konzeption eine an sich geschlossene, einheitliche und dazu noch eine eigene Ideologie bildet. So stellt die soziale Staatskonzeption (mithin die durch sie gekennzeichnete pflegende Verwaltung) in ihrer Durchführung eine Reaktion gegen den Liberalismus des Laissez faire und die Ideologie des absoluten Wohlfahrtsstaates dar. ²⁾ Das Kardinalproblem lautet insofern: Wie ist ein erträglicher Lebensstandard für alle Mitglieder des Gemeinwesens zu sichern (Abkehr vom Liberalismus), ohne daß andererseits die Freiheit des Einzelnen gefährdet ist (Abkehr von der Ideologie des absoluten Wohlfahrtsstaates).

§ 61

Zwangsausübung und pflegende Anstaltstätigkeit

Die Ausbreitung der pflegenden Staatstätigkeit in den letzten Jahrzehnten hat die rechtliche Bedeutung der Anstaltsordnungen, insbesondere der Benutzungsbedingungen gehoben. Angesichts der sozialen Wichtigkeit der Benutzung für den Einzelnen war es jetzt dringend geboten, diese Verwaltungstätigkeit unter Kontrolle zu stellen. Zunächst wurde unter dem Einfluß der Mayer'schen Lehre zwar auf ihren nicht-rechtlichen Charakter hingewiesen, später aber änderte sich die Lage in der Richtung, die Benutzungsbedingungen mindestens z. T. - so die herrschende Meinung in Lehre und Rechtsprechung - gerichtlich nachprüfbar zu machen. ³⁾

-
- 1) Eine solche Stellung der pflegenden Verwaltung ergibt sich aus der Auslegung sozialstaatlicher Bestimmungen und Erklärungen, die in mehreren westeuropäischen Verfassungen (für die Bundesrepublik Art. 20 I, 28 I GG) aufgenommen sind.
 - 2) Der liberale Staat kam als Reaktion gegen den absolutistischen Staat sowie auch der absolute Wohlfahrtsstaat trat in dem osteuropäischen Raum als Reaktion gegen den liberalen.
 - 3) Eine Übersicht der Judikatur zu dieser Frage s. bei Ule VVDStL 15/154, 155 und MD zu Art. 19 IV GG Nr. 18; ferner vgl. o. §§ 23, 24.

Besonders hervorzuheben sind Benutzungsordnungen mit Benutzungszwang. Der Benutzungszwang bezieht sich auf die Verpflichtung zum Gebrauch der Anstaltsleistung; zugleich wird die Benutzung anderer Einrichtungen, die dem gleichen Zweck dienen, untersagt. ¹⁾ Der Anschlußzwang ermöglicht die Entgegennahme der Anstaltsleistung durch die Schaffung der entsprechenden technischen Vorrichtungen, wie z. B. die Anlage der Wasserleitung. ²⁾

Mit den erwähnten Tatbeständen (Anschluß- und Benutzungszwang) verbindet sich die Frage, wie der Staat dazu kommt, sich über die Regeln der freiwilligen Benutzung hinwegzusetzen und den Benutzer zum Empfang der Leistung rechtlich zu zwingen. Die juristische Rechtfertigung dieses Staatsverhaltens liegt in folgender Erwägung: Die Einzelnen sind heute auf die Anstaltsleistung prinzipiell und existenziell angewiesen. Sie brauchen unbedingt Versorgung mit Wasser, den Müllabfuhrdienst und die Geldleistungen der Versicherungsorganisationen (Geldsummen wegen Notlagen, Renten und dgl.) zur Gesunderhaltung und Aufrechterhaltung des Lebens nicht nur jedes Einzelnen, sondern der Gemeinschaft - früher zum Teil Aufgaben der Polizei -, wobei es freilich nicht ausgeschlossen ist, daß bestimmte Bedürfnisse bestimmter Glieder des Gemeinwesens, bei denen besonders günstige Bedingungen gegeben sind (Wasserversorgung aus eigener Quelle), besser und vorteilhafter befriedigt werden können. Das bildet jedoch eine seltene Ausnahme. Deshalb wird die "allgemeine Vermutung" der Nützlichkeit für alle durchgesetzt. Diese allgemeine Vermutung wird dann zum *jus cogens* proklamiert.

§ 62

Die Übernahme existenzwichtiger Aufgaben von den Anstalten.

Konsequenzen für das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Die Wahrnehmung pflegender Aufgaben durch den Staat führt zur Steigerung der Staatsmacht. Der Verwaltete ist mehr oder weniger auf die Funktion und Leistungsfähigkeit des Staatsapparates (Anstalten) angewiesen.

Die "Existenzwichtigkeit" der staatlichen Leistungen für den Einzelnen wird hier in einem weiteren und zugleich relativen Sinn verstanden. Die existenzwicht-

1) So ist es in der Regel bei den Wasserversorgungsbetrieben, Müllabfuhrstellen und bei besonderen Zweigen der Energiewirtschaft. Die rechtliche Grundlage für die zwangsweise Benutzung bestimmter öffentlicher Einrichtungen oder für den zwangsweise erfolgten Anschluß an deren Betrieb ist in der Gem. Ordnung von BaWü im § 11 enthalten.

2) So Wolff § 99 III c 1.

tigen Leistungen brauchen nämlich nicht lebensnotwendig zu sein; eine Begünstigung liegt auch dann vor, wenn sie nicht nur dazu bestimmt ist, das Leben aufrecht zu erhalten ¹⁾. Ferner hat man den Begriff der "existenzwichtigen Leistung" vom Stand der konkreten Gesellschaft aus (relativ) zu interpretieren. Wie z. B. die allgemeine Wirtschaftslage aussieht oder in welchem Kulturniveau sich die betreffende Gemeinschaft befindet und dgl. sind Fragen, die zu einer verschiedenen Auffassung von der Existenzwichtigkeit führen. Für die moderne industrielle arbeitsteilige Gesellschaft, die in einem sozialen Staat organisiert ist ²⁾, werden wichtig, in dem hier behandelten Sinn, nicht nur die Wasserversorgung, die Schlachthöfe oder die Müllabfuhr - diese Aufgaben dienen hauptsächlich der Gesundheit -, sondern auch ein öffentliches Verkehrswesen, die Erzeugnisse der Energiewirtschaft, die Inangahaltung bestimmter Kultureinrichtungen (Museen, Bibliotheken, Schulen, Universitäten, Kunstakademien), Banken und Geldinstitute für das Kreditwesen.

Bei der Wahrnehmung solcher Aufgaben tritt der Staat als der grundsätzlich Verpflichtete auf; genauer gesagt, hat diese Aufgaben zunächst die öffentliche Verwaltung in Angriff genommen, weil praktische Notwendigkeiten (keine Ideologie) es gefordert haben. Im Rahmen der grundsätzlichen Verpflichtung erscheint die öffentliche Verwaltung als sekundär berechtigt ³⁾, wenn sie Gebühren und andere Belastungen, wie Strafen, für den Benutzer erläßt. Mit der Einbeziehung der pflegenden Aufgaben wird der Tätigkeitsbereich des Staates erweitert. Damit wird dem Staat möglich, auf vielerlei Wegen, die dem formellen Recht nicht widersprechen (es werden z. B. die Freiheitsgrundrechte nicht verletzt), die Freiheit und die Existenz der Verwalteten zu gefährden (Machtzuwachs des Staates). So viele und so verschiedene Möglichkeiten zur Beeinträchtigung des Einzelnen kannte der monarchische Staat gewiß nicht; denn ihm stand schließlich nur die nackte Gewalt zur Verfügung (Liberalismus). ⁴⁾

Die Notwendigkeit eines rechtmäßigen Handelns der pflegenden Verwaltung wird aus dem oben Erwähnten ersichtlich. Sonst ist der Verwaltete der Willkür von Machtgruppen innerhalb der Verwaltung und den Emotionen der Staats- bzw. Anstaltsfunktionäre ausgeliefert.

1) Forsthoff, Rechtsfragen S. 12; vgl. Heymann § 33.

2) Forsthoff a. a. O. und Lehrbuch S. 322; Heymann §§ 29, 30, 31.

3) Forsthoff S. 118.

4) Vgl. Wolff § 8 II.

Der traditionelle Rechtssatzbegriff und die Verwaltungstätigkeit im Anstaltsbenutzungsverhältnis

Die geschilderten Umstände können nicht ohne Einfluß auf den traditionellen Vorbehalt des Gesetzes sein, welcher nur Eingriffe in Freiheit und Eigentum, nicht aber die "pflegende Verwaltung" deckte und der Entfaltung eines selbständigen Ordnungsrechts der Verwaltung weiten Raum ließ. Dies um so mehr, als die Anstaltsordnungen, wie erwähnt, weitgehend überhaupt nicht als Rechtssätze, sondern als "Nichtrechtsnormen" der Gesetzesgeltung entzogen wurden. Denn den Begriff des Rechtssatzes hat die überkommene Doktrin im Anschluß an die Lehre Laband's und Jellineck's durch die Unterscheidung der Innen- von den Außenstaatsfunktionen bestimmt. Dem Bereich der Außenstaatsfunktionen rechnete man das sog. allgemeine Gewaltverhältnis zu, während die Innenstaatsfunktionen das sog. b. G/s (darunter auch das Anstaltsbenutzungsverhältnis) umfaßten. ¹⁾ Im ganzen Gebiet des b. G/s entfaltete sich die Verordnungsgewalt der Verwaltung frei von den Schranken des Rechts. Später hat Anschütz den Rechtssatzbegriff mit der Formel des "Eingriffs in die Freiheit und das Eigentum" (soweit er im Rahmen des allgemeinen Gewaltverhältnisses stattfand) identifiziert. ²⁾

Ein Teil der Rechtslehre hat sich gegen den überkommenen Rechtssatzbegriff (von Thoma "historisch-konventionell" genannt) kritisch gewandt. Der überkommene Rechtssatzbegriff sei von systematisch-theoretischem Standpunkt aus schlechterdings unverständlich, denn das Schema Innen-Außenbeziehungen des Staates, in dem er fundierte, erwiese sich als unschlüssig; man könnte nämlich auch die Außenbeziehungen des Staates zu seinen Bürgern den Innenbeziehungen zurechnen, wenn man sie aus dem Blickwinkel der völkerrechtlichen Außenverhältnisse ansah. ³⁾ Er ließe auch das Rechtsstaatsbekenntnis sowie auch die Rechts-

1) Vgl. o. § 13 und die dort angegebene Literatur.

2) Zum Begriff des Rechtssatzes (Gesetz im materiellen Sinn) s. Anschütz WBStVwR Bd. II S. 212, 214; Nachweise zur Anschütz-These s. bei Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt S. 271 ff. - R. Thoma in HDStL Bd. II S. 125, 127, 221 ff und in Festgabe für O. Mayer S. 176 ff stellt dem "historisch-konventionellen" (dazu vgl. Wolff § 24 II b) Rechtssatzbegriff dem "theoretisch-logischen" gegenüber. - Eine andere Auffassung von dem Begriff des Rechtssatzes (Rechtsnorm) ergibt sich aus der Merkl-Kelsenschen Stufentheorie. Hier deckt der Begriff des Rechtssatzes alles rechtlich Verbindliche; dazu und zu den verschiedenen Einteilungen des Rechtssatzes (abstrakt, konkret, generell, individuell) s. Kelsen, Reine Rechtslehre S. 62 ff, Merkl S. 172 ff.

3) S. Rupp S. 21 f m. w. Nachw.; vgl auch Krüger, Smend-Festschrift S. 219 ff

schutzgarantie des GG auf weiten Strecken leerlaufen. ¹⁾ Das Wesen des Rechtssatzes erfülle sich nicht dadurch, wenn er verpflichte, sondern wie er verpflichte ²⁾; entfalte also eine Verordnung bindende Wirkung aus Gründen des Rechts, so sei sie ein Rechtssatz, gleichgültig ob die Verordnung sich auf die Innenstaatsfunktionen oder auf pflegende Staatstätigkeit beziehe. Man dürfte nicht innerhalb der Rechtssätze Grenzen ziehen, die mit dem Rechtssatzbegriff nicht das geringste zu tun haben. Dies treffe auch jene Bestimmungsversuche des Rechtssatzbegriffs, die schließlich auf die Intensität oder Schwere des Eingriffs abstellen; ³⁾ denn das Moment des Rechtsgebotes, das seine verbindliche Kraft nur aus dem Recht herleitet, sei auch hier enthalten. Im Ergebnis erweise sich die Unterscheidung zwischen Innen - Außen zur Grenzziehung rechtsfreier von rechtlichen Beziehungen als verfehlt und unanwendbar.

Die Erweiterung des Rechtssatzbegriffs umfaßt auch jene organisatorische Normen, die Außenwirkungen besitzen. Dieser Ansatz läßt sich von der traditionellen Lehre her rechtfertigen, wenn Laband und deutlicher G. Jellineck die Organisationsnormen mit Wirkung nur innerhalb des Verwaltungsapparates von den Organisationsnormen mit Wirkung außerhalb des Verwaltungsapparates unterscheiden. ⁴⁾ Da die letzteren Rechte und Pflichten der Subjizierten schaffen, sind sie nach G. Jellineck Rechtssätze. Die Antwort auf die Frage, wann eine Organisationsnorm Außenwirkungen besitzt, kann sich aus der Funktion des in Betracht stehenden Organs ergeben. Hier sowie auch bei anderen Fällen entscheidet schließlich der Wille des Normgebers, ob die Zuständigkeitswahrnehmung die Interessen dritter Personen berührt. Bleibt aber noch Unklarheit, so kann man aus weiteren Momenten schließen (Art der Verkündung, Mitwirkungsbefugnisse), daß der Organisationsnorm Außenwirkungen beigegeben werden. ⁵⁾

Der Rechtssatzcharakter der Verordnungen in den b. G/s, vor allem in Anstaltsbenutzungsverhältnissen (ungeachtet ob sie ordnende oder pflegende Aufgaben betreffen) wird heute von der Lehre weitgehend anerkannt ⁶⁾; man erkennt nämlich, daß das b. G/s (insbes. Anstaltsbenutzungsverhältnis) auch ein Rechtsverhältnis ist und daß die sie abstrakt regelnden Sätze Rechtssätze mit materiellem Gesetzescharakter sind.

1) Vgl. Krüger a. a. O. S. 211 ff; Bachof, Laforet S. 285 ff.

2) Merkl S. 122.

3) In dieser Richtung Krüger a. a. O. S. 231; Bachof a. a. O. S. 304; dagegen Rupp S. 31 ff, Obermayer S. 161 f.

4) s. Laband, Staatsrecht Bd. II S. 184; G. Jellineck, System S. 233, 240.

5) Vgl. Mayer I S. 66; Rupp S. 94 m. w. Nachw.

6) s. Wolff § 25 VIII; vgl. Obermayer S. 161 f, 109; Ule VVDStL 15/145.

Ferner hat die gerichtliche Praxis schon längst - unter dem Druck der im vorigen Paragraphen angeführten Tatbestände - die Schranken der überkommenen Doktrin dadurch gesprengt, daß der Leistungsempfänger gegen rechtsverletzende Handlungen der Verwaltung geschützt wird. Der formelle Gesetzgeber hat auch Aufgaben pflegender Verwaltung in Angriff genommen. In oft subtilen Regelungen - sie nehmen die Gestalt von Verteilungsplänen an - verteilt er das Sozialprodukt an Versorgungsbetriebe, Versicherungsorganisationen und andere Anstalten. Aus der Art der Verteilung wird die Absicht des Gesetzgebers deutlich, das Sozialprodukt, insbesondere bestimmte Güter, gleichmäßig an wirtschaftlich schwächere Kreise zur Sicherung eines Existenzminimums zukommen zu lassen.

Das Postulat zur Erweiterung des Gesetzesvorbehalts ergibt sich also schon aus der Bedeutung der Leistungsverwaltung und dem Zwang, sie in die rechtsstaatliche Systematik des GG einzuordnen. ¹⁾ Angesichts der Ausbreitung der Staatsaufgaben auf pflegende Bereiche - man spricht hier von einer dadurch zustande gekommenen Umwandlung der Staatsfunktionen überhaupt - erscheint es mindestens inkonsequent, den Gesetzesvorbehalt nur auf ein heutzutage kleines Gebiet, nämlich der Eingriffsverwaltung, zu beschränken.

II. KAPITEL:

§ 64

Die Besonderheiten bei der Rechtsproblematik der pflegenden Anstaltsverwaltung

Das im vorangegangenen Kapitel Dargestellte läßt drei Punkte der Problematik des sozialen Staates bzw. der pflegenden Verwaltung erkennen.

Der erste Punkt bezieht sich auf die besonderen Schwierigkeiten, die mit der rechtlichen Untersuchung der pflegenden Verwaltung zusammenhängen. Der soziale Staat wird im Gegensatz zum liberalen und absoluten Wohlfahrtsstaat von keiner konkreten Ideologie geleitet. ²⁾ Die Verwaltung im liberalen und im absoluten Wohlfahrtsstaat fußt auf gut herausgearbeiteten Grundsätzen, und sie tendiert nach klaren Zielen. Die Tätigkeit der Verwaltung kann daher bis ins Detail vorausgeplant und mit Konsequenz geleitet werden. Das trifft aber auf die Verwaltung des sozialen Staates (die pflegende Verwaltung) nicht zu; der Versuch, eine Lösung im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Wohlfahrt zu finden, charakterisiert auch die Tätigkeit der Verwaltung im sozialen Staat bei der Anwendung des Gesetzes und des Rechts. Zur Bewältigung kann sie sich keiner klaren Konzeption bedienen.

1) Vgl. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung S. 69 ff.

2) Dazu vgl. o. S. 115.

Der zweite Punkt ist mit der Entstehungsgeschichte des sozialen Staates verbunden, und er bezieht sich hauptsächlich auf die Geltung der Grundrechte gegenüber den drei Staatsgewalten, die sozial tätig werden. Der soziale Staat steht zwischen dem liberalen und dem absoluten Wohlfahrtsstaat und bildet die Reaktion auf geschichtliche Erfahrungen. Der soziale Staat hat jedoch die liberale Staatskonzeption nicht schlechthin beiseite geschoben, sondern hat vielmehr versucht, sie mit dem Sozialauftrag zu verbinden. Durch diese Haltung gegenüber dem liberalen Staat wird vor allem die Übernahme des Freiheitsgedankens erklärt, wie er im Prinzip der Gesetzmäßigkeit aller staatlichen Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers geprägt ist. Mit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip wurde später die Rechtsstaatlichkeit immer stärker verknüpft.¹⁾ Somit wird der Freiheitsgedanke (mindestens in formellem Sinn, wie gerade der liberale Staat sie konzipiert hat) vom sozialen Staat übernommen.²⁾ Er bestimmt auch den sozialen Staat - allerdings nicht in solchem Umfang wie den liberalen Staat - in allen seinen Erscheinungsformen.

Die Einführung des Sozialstaatsgedankens im GG setzt sich also den Freiheitsgedanken tragenden Grundrechten nicht entgegen, sondern vielmehr bestätigen sie diese. Keine pflegende Staatsgewalt darf die Grundrechte ohne Einhaltung des in der Verfassung vorgeschriebenen Verfahrens einschränken, weil sie z. B. bestimmte soziale Verhältnisse (Anstaltsbenutzungsverhältnis) gestaltet. Das GG bindet unterschiedslos jede hoheitliche Staatstätigkeit an die Grundrechte, ungeachtet, ob bei deren Ausübung jemand belastet oder begünstigt wird. Andererseits geht die Staatstätigkeit eines sozialen Staates über die schlichte Gewährung der Freiheitsrechte hinaus; denn seine eigentliche Aufgabe besteht eben in der Überwindung der negativen Nachwirkungen aus der Anwendung des liberalen Freiheitsbegriffs.³⁾ Daß damit die (liberale) Freiheit kennzeichnende autonome Eigensphäre oft verloren geht und der Einzelne von der ausgebreiteten sozialen Staats-

1) Vgl. Thoma JöR IV S. 197; Laband, Staatsrecht S. 186; Meyer-Anschütz 7. Aufl. S. 29. Im weiteren vgl. die reichhaltige Literatur bei Jesch S. 165 f.

2) In den Verfassungen der "sozialen" Staaten werden Grundrechte ausdrücklich gewährt. Zur Frage der Geltung der Freiheitsrechte im sozialen Staat vgl. Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat S. 14 ff, 17; Menger, Der Begriff des sozialen Staates ... S. 25 ff; Thieme, Liberalismus und Grundgesetz, Ztschr. f. die gesamte Staatswissenschaft Bd. 113 (1957) S. 385; Hermann Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat 1956; ForsthoFF VVDStL 12/19.

3) Vgl. Rupp, DVBl 1959/84 f; Mallmann, VVDStL 19/190. - Zu der Frage eines Rechtes der Einzelnen auf die Mittel zur Erhaltung seiner Lebensgrundlage s. u. § 72.

tätigkeit abhängig wird, ist allerdings nicht zu leugnen; das zeigt sich in besonderen Gebieten mehrfach. Akut taucht dann das Problem auf, wie man die verlorene Autonomie des Einzelnen gegenüber dem Staat durch die Gewährung eines Existenzminimums an staatlicher Pflege gewissermaßen wieder herstellen kann.

Der dritte Punkt verweist auf einen grundlegenden Unterschied des sozialen zu dem liberalen Staat und macht eine neue Schwierigkeit bei der rechtlichen Behandlung der Fragen des sozialen Staates deutlich. Die Bindung an die parlamentarische Ermächtigung in Eingriffe in Freiheit und Eigentum (im liberalen Staat) garantierte nicht nur das Frei-sein vom Staate, sondern sie verfolgte zugleich Rechtssicherheitszwecke. Der Bürger konnte nämlich durch das erwähnte Prinzip den Inhalt und den Umfang eines kommenden Eingriffs voraussehen. Diesem Zweck dienten auch andere Rechtsgrundsätze des liberalen Staates (Publikation des Gesetzes, Verbot rückwirkender Gesetze). Mit Rechtsinstituten und Rechtsbegriffen war die liberale Freiheit genug gesichert, und die Rechtssicherheit gegenüber den Bürgern ausreichend gewährleistet. Kurz gesagt, stellte das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ein sicheres Rechtsinstitut zum Schutz des Bürgers dar.

Die Aufgaben des sozialen Staates aber beschränken sich nicht auf eine formelle Gewährung der Freiheit. Der soziale Staat nimmt ¹⁾ die Arbeits- und Güterordnung im Prinzip in seine Obhut, und daraufhin versucht er sie in bestimmtem Sinn auszugestalten. ²⁾ Damit bewegt sich der soziale Staat innerhalb eines anderen Gebietes als der liberale Staat. Die Maßstäbe zur Verteilung des Sozialproduktes und zur Gestaltung der Sozialordnung fehlen ihm; der Gleichheitssatz (zuteilende Gerechtigkeit) versagt bei der Lösung konkreter Fragen vielfach ³⁾, während das gesetzliche Recht, jedenfalls heute, den Raum der sozial tätigen Verwaltung - die Grenzen der sozialen Staatstätigkeit können nicht vorausbestimmt werden - kaum erfüllt. ⁴⁾ Die lückenlose Anwendung des Gesetzmäßigkeitsprinzips wird infolgedessen sehr problematisch, und der Rechtsanwender (Verwaltungsbeamte, Richter) sieht sich dazu gezwungen, mit globalen Ermächtigungen sich zu begnügen oder anderswo (Gewohnheitsrecht) Ermächtigungsgrundlagen zur sozialen (pflegenden) Tätigkeit der Verwaltung aufzusuchen. Kurz gesagt,

1) Bachof, Referat S. 39.

2) Die Ausgestaltung wird von den Gegebenheiten des Einzelfalles bestimmt.

3) Dazu vgl. Coing, Rechtsphilosophie S. 188-191; Rupp S. 118.

4) Das GG enthält keine Ermächtigung der Exekutive zur Wahrnehmung sozialer Aufgaben; im GG sind nur Kompetenznormen enthalten (vgl. Art. 74 Nr. 7, 10, 12; zu diesen Vorschriften s. Hamann S. 334 m. w. L. und J.). Ferner kann die Sozialstaatserklärung die fehlende gesetzliche Ermächtigung kaum ersetzen, s. u. § 71. A.M.: Hamann S. 12.

vermag der Jurist seinen Untersuchungsgegenstand kaum vollständig zu kontrollieren. Die Gefahr daher, anhand überpositiver und metarechtlicher Prinzipien, konkrete Fälle zu behandeln - dabei entstehen häufig Unsicherheiten über das Vorliegen und den Sinn des anzuwendenden Rechtes - liegt auf der Hand. Das macht zugleich die Arbeit des Systematikers ungewöhnlich schwierig.

III. KAPITEL:

§ 65

Pflegende Anstaltsverwaltung und Vorbehalt des Gesetzes. Einführung

Die pflegende Anst/g bildet eine besondere Erscheinung der sozial tätigen öffentlichen Verwaltung. Bei der Ausübung der pflegenden Anst/g tritt die Verwaltung hoheitlich auf. Sofern die pflegende Anst/g nicht in den Formen des Privatrechts erscheint, muß sie nach dem Rechts- und Gesetzmäßigkeitsprinzips handeln, d. h. sie wird dem Vorrang (Art. 20 III GG) und dem Vorbehalt (Art. 80 GG, die Verfassungsstruktur überhaupt) des Gesetzes unterworfen; denn die pflegende Anst/g stellt keine Macht mehr dar, die aus der Natur der Sache ¹⁾ abgeleitet wird. Herrschende Meinung ist, trotz vielfacher Kritik jedoch noch, daß die leistende Verwaltung (hier: pflegende Anst/g) einer Legitimation durch parlamentarischen Akt nicht bedarf. Diese These entspricht kaum der Gesamtstruktur der Verfassung, wie es oben gezeigt wurde und unten weiter nachgewiesen wird. ²⁾ Auch Art. 80 GG wird übergangen - gleiches gilt für die entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen -, da er eine Übertragung rechtssetzender Gewalt bei Vornahme von Eingriffen oder im Leistungsbereich - hierbei unterscheidet Art. 80 GG nicht - nur innerhalb des hier festgelegten Rahmens zuläßt. Denn Art. 80 geht von dem historisch-traditionellen Begriff der Rechtsverordnung ("Gesetz im materiellen Sinne") aus, der nach der Laband-Jellineck'schen Lehre nicht auf die Eingriffe in Freiheit und Eigentum, sondern auf die Abgrenzung der Willenssphäre zwischen Rechtssubjekten (Staat - Untertan) abstellt; von dem Begriff der Rechtsverordnung nahm allerdings diese Lehre die Verordnungen im b. G/s aus. - Verneint man die Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes auf den Bereich der pflegenden Anstaltsverwaltung, so bleibt die Alternative, die "gesetzesfreie" Anstaltsverwaltung überhaupt für völlig rechtsfrei zu erklären oder ihr ein gesetzungebundenes Rechtsetzungsrecht für den nicht unter den Vorbehalt fallenden Bereich zuzusprechen. In beiden Fällen führt die Anerkennung zur Be-

1) So Mayer Bd. II S. 286 (mit Angabe von Gerichtsentscheidungen) und die ihm folgende Lehre.

2) s. o. §§ 25, 26, 56; s. u. §§ 70, 71.

jahung einer schlechthin rechtsfreien Verwaltungsbetätigung; denn nach dem Sinngefüge der Verfassung wird das Verhältnis Verwaltung - Außenstehender - der Benutzer ist ja ein Außenstehender - in der Form des Gesetzes oder auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung bestimmt; sie muß im Rahmen des Verordnungszweckes spezialisiert sein, wobei man an den spezialisierten Charakter der gesetzlichen Ermächtigung, wie es sich aus einem Vergleich des Bekenntnisses zur Sozialstaatlichkeit mit dem Prinzip der Freiheitlichkeit im GG ergibt, nicht gleich strenge Voraussetzungen, wie beim Eingriff gestellt zu werden brauchen. Mit diesem Ergebnis steht auch eine a contrario Auslegung des Art. 80 II GG in Einklang; sie soll ja methodisch, bei konsequenter Durchführung der eben erwähnten Konzeption der Verfassung, als die zweckmäßigere und insofern als die einzig angebrachte erachtet werden. - Legt man das Spezialitätsprinzip zu Grunde, so vermeidet man noch, daß eine in ganz anderer Verfassungsepoche geborene Vorbehaltsproblematik durch Hintertüren, trotz verfassungsrechtlicher Hindernisse, heute fortgesetzt und verteidigt wird. - Die Ausdehnung des Gesetzesvorbehaltes auf die pflegende Anstaltstätigkeit hat als Folge nicht nur, daß die Anstalt ohne gesetzliche Grundlage nicht verschenken darf, sondern vielmehr, daß der Anstaltsbenutzer "vor einer freiheitswidrigen Bettlergesinnung geschützt werden muß" ¹⁾; auch aus dieser Sicht gebietet sich also, den Grundsatz "volenti non fit iniuria" eben so wenig im Bereich der pflegenden Anst/g anzuwenden wie im Bereich der eingreifenden.

Zur Behandlung der Gesetzmäßigkeit der pflegenden Anst/g empfiehlt es sich, die Ermächtigungsgrundlagen zum Handeln ²⁾ von den Ermächtigungsgrundlagen, die Ansprüche auf pflegendes staatliches Handeln (Vornahme-, Leistungsklage) begründen können, zu unterscheiden. ³⁾ Die Unterscheidung ist methodisch berechtigt, weil jedes der beiden Gebiete eine eigene Rechtsproblematik enthält.

Im Rahmen des ersten Gebietes wird die Eignung des Haushaltsgesetzes als Ermächtigungsnorm überhaupt sowie auch die Frage der Begrenztheit seiner Ermächtigung untersucht; denn das Haushaltsgesetz stellt zwar ein Gesetz im formellen Sinn dar, es darf aber nach positivem Recht (§ 24 RHO) Ansprüche oder Verbindlichkeiten für dritte Personen weder begründen noch aufheben. Deshalb ist das Haushaltsgesetz nur unter besonderen Voraussetzungen, d.h. sofern eine weitere gesetzliche Grundlage, die es verstärkt, vorliegt, als genügende Ermächtigungsgrundlage im Sinne des Gesetzesvorbehaltsprinzips zu erachten. ⁴⁾ - Die

1) So Rupp S. 142 m. w. Nachw.; vgl. Stern JZ 1960/525.

2) Ansatzpunkte zu dieser Unterscheidung s. BVerfGE 6/287 f. (etatmäßige Bereitstellung als hinreichende Legitimation des verwaltungsmäßigen Handelns).

3) s.u. Kap. IV, Kap. V.

4) s.u. § 66.

Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Ermächtigung wird auch als Grundlage zum Handeln der Anst/g höchst zweifelhaft unter dem GG; zunächst wegen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedenken gegen das Gewohnheitsrecht überhaupt (Rechtssetzungsmonopol des Parlaments), zweitens, weil das derzeitige Verfassungsrecht zwingend zur Erweiterung des Gesetzesvorbehaltes zugunsten des Parlaments führt. Jedoch darf man für Tatbestände vor dem Inkrafttreten des GG eine gewohnheitliche Ermächtigung als fortgeltend annehmen. Dies ist aus der Sicht der h.L. kraft Verfassungsrechts (Art. 123 I GG, Fortgeltung alten Rechts, wozu die h.L. auch das Gewohnheitsrecht rechnet) zu billigen. ¹⁾ - Die Kompetenzvorschriften können eine Vorbehaltsbedeutung erlangen, wenn sie auf formellem Gesetz beruhen und spezifiziert sind. Besitzen sie keinen spezifischen Charakter, so lassen sich im Sinne der Merkl-Kelsen'schen Stufentheorie als aus der Rechtsordnung fließende Ermächtigungen zum Handeln der Anstaltsverwaltung bzw. zur Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten mit Außenwirkung aufwerten. ²⁾

Im Rahmen des zweiten Gebietes wird untersucht, ob die sog. autonomen Satzungen und die Verwaltungsverordnungen das Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes erfüllen können. Für die autonomen Satzungen wird es unter Voraussetzungen bejaht ³⁾; hinsichtlich der Verwaltungsverordnungen ist es aber, entgegen der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre, zu verneinen, da die zweiseitige Bindung der Verwaltungsverordnungen im Bereich des Außen letzten Endes über Art. 80 GG und die Gesamtstruktur der Verfassung hinausgeht und nahezu geltende Verfassungsregeln ignoriert. ⁴⁾ Nach derzeitigem Verfassungsrecht können also die Verwaltungsverordnungen keine anspruchsbegründende Wirkung entfalten, während das gleiche für die autonomen Satzungen ohnehin nicht behauptet werden darf.

Abschließend werden die Möglichkeiten einer Wirksamkeit der Sozialstaatserklärung (Art. 20 I, 28 I GG) ⁵⁾ im Anstaltsbenutzungsverhältnis geprüft sowie auch die Frage, ob dem Verwalteten als Benutzer bestimmter Anstalten ein allgemeines Recht auf Gewährung des Existenzminimums zusteht. ⁶⁾

1) s. u. § 67.

2) s. u. § 68 in Verb. mit § 42 c.

3) s. u. § 70.

4) s. u. § 69.

5) s. u. § 71.

6) s. u. § 72.

IV. KAPITEL

ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGEN FÜR DAS HANDELN DER PFLEGENDEN ANSTALTSVERWALTUNG

§ 66

Das Haushaltsgesetz als Ermächtigungsgrundlage

Der Haushaltsplan ist ein Staatsakt, der im formellen Gesetzgebungsverfahren erlassen wird. ¹⁾ Aus der formellen Gesetzeskraft des Haushaltsplanes (Gesetzes) ergibt sich die Verpflichtung der Exekutive, keine Ausgabe (z. B. in der Form von Beihilfen, Beschaffungen) vorzunehmen, welche direkt oder indirekt auf eines der Kapitel und Teile des Haushaltsplanes nicht zurückführbar ist, sie darf auch nicht mehr Geld als das für bestimmte Zwecke gebilligte ausgeben. Die Exekutive wird zur Vornahme der Ausgaben bloß ermächtigt; ausnahmsweise wird sie dazu verpflichtet. Die Exekutive handelt also verfassungswidrig, d. h. gegen die parlamentarische Ermächtigung sowohl im letzteren (positiv) als auch im ersteren (negativ, nämlich bei Überschreitung des haushaltsmäßig Vorgesehenen) Fall.

Angesichts der zunehmenden Wichtigkeit des Haushaltsgesetzes sind besondere Grundsätze entwickelt worden, welche die durch das Haushaltsgesetz erteilte Ermächtigung des Parlaments inhaltlich näher bestimmen. Diese Grundsätze einzuhalten, ist das Parlament bei der Gestaltung des Haushaltsgesetzes verpflichtet; denn es geht um Muß-Vorschriften der Verfassung, die auch an den Gesetzgeber gerichtet sind. ²⁾ Der Haushaltsplan wird je nach dem Sachbereich jedes Ministeriums eingeteilt. Insbesondere müssen folgende Grundsätze bei der Aufstellung des Haushaltsplanes eingehalten werden: (a) Der Grundsatz der Vollständigkeit (Anführung aller Ausgaben). Dieser Grundsatz umfaßt auch die Pflicht zur Veranschlagung ³⁾, d. h. Vorplanung. (b) Der Grundsatz der Haushaltseinheit. Nach diesem Grundsatz sind alle Ausgaben in den gleichen Plan aufzunehmen.

1) So Art. 110 II Satz 1 GG; hiermit wird die Anwendung des Gesetzgebungsverfahrens (Art. 76 - 78, 82, eventuell 81 GG) erforderlich. S. dazu Hamann S. 449 m. w. L.; MD zu 110 Nr. 12.

2) Der Gesetzgeber bzw. der Bundestag hat kraft Art. 110 II Satz 2 die verfassungsrechtliche Pflicht, einen in Einnahmen und Ausgaben ausgeglichenen Haushalt zu beschließen; vgl. BVerfGE 1/161, MD zu 110 Nr. 31. Außer dem Gesetzgeber hat auch die Bundesregierung den Haushaltsplan ausgeglichen zu verabschieden. Dem Bundesfinanzminister, der nach dem GG für die Aufstellung des Haushaltes verantwortlich ist (dazu s. v. Mangoldt Komm. S. 593) kommt die Verpflichtung zu, auf eine ausgeglichene Kabinettsvorlage hinzuwirken; s. MD zu Art. 110 Nr. 29; vgl. Vialon S. 204.

3) Vgl. Art. 110 I GG, 85 I WRV, Vialon S. 200, Hamann S. 449.

Voranschläge und Ansätze dürfen also nicht in verschiedenen Plänen gemacht werden; 1) jeder Plan mit seinen Teilen, Anlagen usw. bildet ein bestimmtes Ganzes (einzigen Akt 2)). (c) Den Grundsatz der Haushaltswahrheit und Haushaltsklarheit, welche bei der Schätzung der Sachverhalte und daraufhin bei der Berechnung der zu billigenden Geldsumme wichtig sind. (d) Es kommt noch der Grundsatz der Trennung der Ausgaben untereinander nach besonderen Fragenkreisen 3) (z. B. aus den gesamten Aufgaben eines Ministeriums) sowie weitere Haushaltsgrundsätze (Vorherigkeit der Ausgaben für ein Jahr 4), Bepackungsverbot u. a.) hinzu, welche - mit den oben genannten Grundsätzen zusammen betrachtet - die Ermächtigung keineswegs nur als global erweisen; denn aus der Einhaltung der erwähnten Grundsätze werden die zur Verfügung stehende Geldsumme, der Verwendungszweck und das Sachgebiet der Leistung ersichtlich.

Aus verfassungsrechtlichen und geschichtlichen Gründen entfaltet das Haushaltsgesetz nur zwischen Parlament (dem Ermächtigenden) und Regierung 5) (dem Ermächtigten) Wirksamkeit. Das Parlament darf - allerdings nur beim Vorliegen einer Verpflichtung der Exekutive zur Vornahme bestimmter Aufwendungen - die Durchführung des Haushaltsgesetzes fordern sowie auch wegen Überschreitung der Ermächtigungsschranken (z. B. übermäßige Aufwendungen) sich die Regierung verantwortlich machen. Dritte Personen aber, auch wenn sie unmittelbar für bestimmte Aufwendungen z. B. interessiert sind (z. B. als Benutzer einer Anstalt) vermögen keinen Anspruch herzuleiten. Das Haushaltsgesetz gleicht also nicht in allen Punkten einem Gesetz; es kann Ansprüche oder Verbindlichkeiten Dritter weder begründen noch aufheben; 6) den haushaltsrechtlichen Bestim-

1) MD zu 110 Nr. 19 GG; Vialon S. 200/201.

2) MD a. a. O., m. w. L.

3) Es genügt nicht, daß hier die Endsumme oder das Ergebnis aus dem betreffenden Kapitel des Haushaltsplanes eingesetzt wird; es muß vielmehr jede besondere Ausgabe getrennt angeführt werden (sog. Bruttoprinzip). Eine Ausnahme hiervon gilt (sog. Nettoprinzip) kraft Verfassung (Art. 110 IV GG) für kaufmännisch eingerichtete Betriebe (eventuell auch Anstaltsbetriebe) des Bundes; vgl. Heckel op. cit. S. 379; Vialon a. a. O.; MD zu Art. 110 Nr. 26.

4) s. aber Art. 110 II GG; zu den weiteren Haushaltsgrundsätzen s. MD zu 110 S. 8 ff. m. w. L. und J.; Vialon a. a. O.; Hamann S. 448 ff.

5) Vgl. § 24 RHO. - Zu der Verpflichtung der Regierung dem Parlament gegenüber s. Vialon S. 223; Heinrichs, Art. 113 GG, in Schriftenreihe des Instituts "Finanzen und Steuern" S. 22 ff.

6) So § 24 RHO.

mungen kommt in der Regel eine bloße Reflexwirkung zu ¹⁾, die einer weiteren gesetzlichen Grundlage bedarf (z. B. aus spezifizierten Kompetenzvorschriften), um anspruchsbegründende Wirkungen als gewollte Begünstigungen zu erlangen. ²⁾ Nach herrschender Meinung ist auch das Haushaltsgesetz kein Gesetz im materiellen Sinn. ³⁾ Als spezielle Ermächtigung kann schließlich das Haushaltsgesetz nur selten gelten; denn der besondere Verwendungszweck wird nur ausnahmsweise festgelegt (keine besondere Ermächtigung) und selten sind die Verteilungsmaßstäbe enthalten. So wird es notwendig, weiter Rechtsgrundlagen aufzusuchen, welche die angeführten Lücken des Haushaltsgesetzes ergänzen können.

§ 67

Das Gewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage

Eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung könnte hier nur in begrenztem Umfang angenommen werden. Die vollziehende Gewalt hat die Aufgabe, im Rahmen des haushaltsmäßig Festgelegten die besondere Art der Verwendung, die Verwendungsmaßstäbe oder das Sachgebiet der Leistung genauer zu bestimmen, soweit sie im Haushaltsgesetz nicht enthalten sind. Bei einer ständig und einheitlich, d. h. ohne wesentliche Abweichungen ⁴⁾ von Fall zu Fall vorgenommenen Bestimmung entsteht nach Zeitablauf eine konstante Praxis. Sie wird zu einer Rechtspraxis erhoben, sobald man feststellt, daß die zuständigen Verwaltungsstellen (nämlich jene Stellen, die das Haushaltsgesetz zuständigkeitsgemäß konkretisieren) ⁵⁾ von der Notwendigkeit überzeugt sind, diese Praxis auszuüben. Eine g

1) So Jesch S. 230; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 113/114 betrachtet im Ergebnis den Haushaltsplan als ein finanzielles Ermächtigungsgesetz zugunsten der Organe der Exekutive und daher insofern als eine echte Ermächtigung; so im Ergebnis auch Wolff III S. 139/140.

2) Dazu MD zu 19 IV Nr. 34 GG m. w. L.; Bachof, Festschrift für Jellinek S. 299 f.; Forsthoff S. 171.

3) Auf das Haushaltsgesetz als nur formelles Gesetz weist zunächst Laband, Staatsrecht II S. 74 hin. Gleicher Meinung Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien S. 48 f.; Thoma, HdbDStR II S. 108 ff (124); MD zu 110 Nr. 9 GG; Heckel op. cit. S. 386. Anderer Meinung (d. h. Gesetz auch im materiellen Sinn) Vialon S. 492; Jesch S. 105 m. w. L.

4) Zu der Übung als (objektives) Merkmal des Gewohnheitsrechts s. Höhn S. 44 m. w. L.; Forsthoff S. 133 f.

5) Träger der Überzeugung brauchen hier nicht andere Personenkreise zu sein; da solche Personenkreise (z. B. Benutzer) besitzen kein rechtliches Interesse an der Gestaltung des Haushaltsgesetzes. Im übrigen s. Aubert J., L'origine coutumière des règles de droit public, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und

wohnheitsrechtlich erteilte Ermächtigung liegt dann vor, wenn die strikte Unterlassung einer das Haushaltsgesetz konkretisierenden Leistung von den zuständigen Stellen (z.B. nicht-rechtsfähige Anstalten) als nicht mehr rechtmäßig empfunden wird.¹⁾ Die Frage, wann das zeitlich geschehen sein muß, läßt sich nicht allgemein, sondern je nach dem besonderen Fall²⁾ (Art, Häufigkeit der Ausübung u. a.) beurteilen. Die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit kann wohl zwanglos bei besonderen Organisationen der öffentlichen Verwaltung (Anstalten) angenommen werden, die jahrelang nützliche Einrichtungen für breite Personengruppen in Gang gehalten haben oder existenzwichtige Leistungen für sie hervorgebracht haben. Beispiele dafür sind manche Versorgungsbetriebe, staatliche Versicherungsorganisationen, Kultureinrichtungen wie Universitäten, Kunstakademien.

Somit wird eine weitere Grundlage für das Handeln der pflegenden Anstaltsverwaltung gewonnen, welche, auf vergangene Tatbestände bezogen, formell-rechtlich (weil auf das Haushaltsgesetz unmittelbar zurückführbar, allerdings, sofern es als "Gesetz" betrachtet werden darf) und materiell-rechtlich (denn mit der beschränkten Annahme eines Gewohnheitsrechts wird kaum gegen die materielle Rechtsordnung verstoßen; vielmehr steht es mit bestimmten Verfassungsgrundsätzen - so auch die herrschende Meinung -, wie die Sozialstaatserklärung und die Menschenwürde, in Einklang) dem derzeitigen Verfassungsrecht nicht widerspricht. Immerhin handelt es sich hier um altes Gewohnheitsrecht (Übergangstheorie). In Zukunft ist allein das Parlament befugt, die Anstaltsverwaltung zu Handlungen zu ermächtigen, die bloß das Verhältnis des Benutzers zur Anstaltsverwaltung durch außenwirkende Maßnahme berühren, ohne daß allerdings dadurch Rechte auf staatliche Leistungen gewährt werden; denn dafür muß jedenfalls eine besondere parlamentarische Ermächtigung vorliegen. Findet eine andauernde Verwaltungspraxis ohne parlamentarische Grundlage statt, so kann wegen Mangel an *opinio juris* kein Gewohnheitsrecht daraus entstehen.³⁾ Diese Praxis würde von Anfang an rechtswidrig sein.

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 128:

Gemeindeverwaltung (ZBl) 1960/149. Zu der Entstehungsmöglichkeit eines Gewohnheitsrechts auf eine untere als eine gesetzliche Stufe (z.B. Verordnung) s. Schoen Verw. Arch. 28/19, Höhn S. 37.

1) Zum Inhalt der Rechtsüberzeugung (subjektives Merkmal) s. die verschiedenen Theorien bei Höhn S. 46 ff. Im Text wird hauptsächlich auf die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (vgl. BGE 81 I 34) abgestellt.

2) s. näher Höhn S. 44/45 m. w. L.

Vgl. BVerwGE 8/321.

3) Vgl. Merk1 S. 104.

Die hier angenommene Ermächtigung für vergangene Tatbestände muß auch etwas begrenzt sein; globale Ermächtigungen wären in Wirklichkeit eine Widerspiegelung der effektiven, unbeschränkten Macht der Exekutive im absoluten Staat; sie hießen nicht weniger als die Übernahme des rechtsfreien Raums im heutigen Verfassungsrecht, und im Ergebnis handelt es sich nur um scheinbare Ermächtigungen. Im Bereich des Anstaltsrechts ist aber die Begrenztheit älterer Ermächtigungen grundsätzlich zu bejahen. ¹⁾

§ 68

Der Kompetenzbegriff als Ermächtigungsgrundlage

Ist die Entwicklung eines Gewohnheitsrechts ausgeschlossen, so bleibt die Frage einer Ermächtigung für die pflegende Anstaltsverwaltung offen. In diesem Zusammenhang könnte man untersuchen, ob aus den Kompetenzvorschriften eine Ermächtigungsgrundlage ermittelt werden kann. Die Kompetenz wird hier im materiellen Sinn begriffen, d. h. als der Inbegriff der sachlich zusammenhängenden Angelegenheiten, welche von einem Anstaltsorgan wahrgenommen werden. ²⁾ Die Kompetenz stellt den Aufgabenbereich - man kann ihn auch Sachbereich nennen - eines Organs dar. Dieser Aufgabenbereich wird enumerativ, also nach genauer Aufzählung der Angelegenheiten oder nach allgemeinen Merkmalen bestimmt. Immerhin muß er von dem Aufgabenbereich anderer Organe ausreichen gesondert sein. Alle einzelnen Angelegenheiten werden in einem Endzweck zusammengefaßt - die Art und die Form der Wahrnehmung der Angelegenheiten interessiert uns hier nicht -, welcher den eigentlichen Existenzgrund des Organs bildet.

Das Organ erwirbt die Fähigkeit zum Handeln kraft Rechtsvorschrift. Der Sinn der Rechtsvorschrift, welche die Zuständigkeitsbefugnisse enthält, besteht nicht nur darin, die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung das Organ zu übernehmen, auch nicht darin, Staatsaufgaben auf bestimmte Personen zu verteilen. Der Rechtsvorschrift, welche die hoheitlichen Aufgaben dem Organ überträgt, ist vielmehr der Gedanke immanent, daß das Organ nunmehr authentisch und verbindlich den Amtswillen des Staates bzw. einer Anstalt innerhalb bestimmter Grenzen äußern darf. ³⁾ Solange die Rechtsvorschrift gilt, ist das Organ ver-

1) Hierzu vgl. o. S. 83.

2) Vgl. Wolff II § 72 I b; Forsthoff S. 394.

3) Jede Kompetenzzuweisung ist also eine Beschränkung und zugleich eine Ermächtigung; so Forsthoff a. a. O.; der Sache nach ebenso Wolff II § 27 I, welcher von einer Verpflichtung oder Berechtigung zur Aufgabenwahrnehmung spricht; s. auch Wolff III S. 139.

pflichtet ¹⁾ - also es geht nicht um eine Berechtigung des zuständigen Organs -, die ihm zugeschriebenen bestimmten Aufgaben wahrzunehmen.

In dem gewaltenteilenden Rechtsstaat bedarf jede Kompetenzausübung einer übertragenden Rechtsvorschrift. Diese Rechtsvorschrift benötigt die Form des formellen Gesetzes oder eines anderen Rechtsaktes, der unmittelbar auf das Gesetz zurückführbar ist. Die übertragende Rechtsvorschrift muß das Organ bestimmen und den Kompetenzbereich wie oben beschreiben. Sonst werden Hoheitsbefugnisse nicht ausgeübt. ²⁾ Die erwähnten Rechtsvorschriften können dann als genügende Rechtsgrundlage für das Handeln der pflegenden Anstaltsgewalt, vor allem für die Wahrnehmung ordnender Angelegenheiten erachtet werden. - Strengeren Voraussetzungen unterliegt die die Aufgaben übertragende Rechtsvorschrift, wenn sie zu Eingriffen in die Freiheit und das Eigentum ermächtigt oder dem Einzelnen anspruchsbegründende Rechtspositionen gewährt (Vornahme-, Leistungsklage). Denn in diesen Fällen ist eine spezifizierte, tatbestandsmäßig umschriebene Ermächtigung notwendig, damit der Richter einen sicheren Maßstab zur effektiven gerichtlichen Kontrolle hat.

V. KAPITEL

RECHTSGRUNDLAGEN DER LEISTUNGSANSPRÜCHE DRITTER GEGEN DIE ANSTALTSVERWALTUNG

§ 69

Rechtliche Wirkung der Verwaltungsverordnung gegenüber dem Benutzer

Bevor die Frage der Berechtigungen beim Benutzungsverhältnis erörtert wird, sollte nun eine Untersuchung über die Rechtswirkungen geführt werden, welche eventuell die Verwaltungsverordnungen ³⁾ auslösen; durch solche Verordnungen wird in der Regel das Benutzungsverhältnis der Anstalten der "zweiten Gruppe" geregelt (pflegende Anst./g).

Die Verwaltungsvorschriften lösen für den Benutzer, nach der herrschenden Meinung in der Lehre und Rechtsprechung, eine "rechtssatzähnliche Bindung" aus.

1) So die einhellige Meinung in der Lehre und Rechtsprechung; schon G. Jellineck, System S. 216 ff.

2) Vor allem die Anwendung von Zwangsmitteln; so Forsthoff S. 379, 384, 442.

3) Unter dieser Bezeichnung werden allgemeine Verwaltungsvorschriften zusammengefaßt - sie unterscheiden sich im einzelnen nicht unwesentlich -, die nur verwaltungsinterne Verbindlichkeit besitzen; Forsthoff S. 127. Wir unterscheiden also hier zwischen Verwaltungsverordnungen und -vorschriften, nicht, wie es Wolff § 77 II 2 a, b tut.

Die Anstaltsverwaltung wird somit als zuständig betrachtet, Rechtsnormen mit Außenwirkungen zu erlassen, ohne daß dabei die für den Erlaß von außenwirkenden Normen Verfassungsbestimmungen eingehalten werden. Nach BVerfG ¹⁾ können sogar öffentlich-rechtliche Ansprüche nicht nur aus Verwaltungsvorschriften und Richtlinien, sondern bei Verletzung des Gleichheitssatzes auch aus der Übung der Behörden entstehen.

Die durch die Verwaltungsvorschriften gebilligte und erlassene Ordnung bildet - so die herrschende Meinung - nicht nur für die Benutzer, sondern auch für die Anstalt (zweiseitige Bindung) die Richtschnur. Eine Verletzung der Verwaltungsverordnungen durch die Anstaltsverwaltung widerspräche dem Grundsatz von Treu und Glauben; ²⁾ denn mit dem Erlaß der Verwaltungsverordnung erwecke die Anstaltsverwaltung den Eindruck, in der darin enthaltenen Weise verfahren zu wollen. Würde die Anstaltsverwaltung ihre eigenen, sogar schriftlich niedergelegten Erlasse verletzen, so handelte sie contra factum proprium.

Die Verwaltung stelle - so argumentiert weiter die h. Lehre - im demokratischen und sozialen Staate einen großen Apparat dar ³⁾, welcher mit öffentlichen Wirtschaftsmitteln (Steuern, Gebühren) arbeite. Die Funktion mehrerer Anstalten ⁴⁾ werde auch durch Beiträge der Benutzer (Anschlußkosten, Benutzungsgebühren) wesentlich unterstützt. Die öffentliche Verwaltung (Anstalten) werde also weitgehend mit fremden Wirtschaftsmitteln und damit im Auftrage der Allgemeinheit geführt; diese stelle gerade der Verwaltung die Mittel zur Verfügung. Daher unterscheide sich wesensmäßig die Tätigkeit der Verwaltung von der gleichartigen Tätigkeit eines Privatmannes und dementsprechend unterliege sie beim Erlaß außenwirkender Verwaltungsverordnungen besonderen Bindungen (Willkürverbot, Gleichheit, Bindung an die eigenen Erlasse).

Das Maß der Bindung an die eigenen Erlasse bestimme nach herrschender Meinung die Auslegung. Die allgemeinen Verwaltungsvorschriften bildeten bindende Rechtsnormen und die Richtschnur für die Einzelakte aller Organe - die erlassende Stelle sei auch daran gebunden - der betreffenden Organisation (Anstalt). Eine Änderung der Verwaltungsvorschriften dürfe nur nach dem vorgeschriebenen Verfahren erfolgen. Nach der gleichen herrschenden Meinung könne die Anstaltsverwaltung durch Verwaltungsvorschriften - dies stelle die Auslegung fest -

1) Ent. v. 18.10.1960 in NJZ 61/137.

2) So BVerfG Urt. v. 6.7.1960, DÖV 1960/553; VGH BaWü Urt. v. 26.2.1962. Weitere Judikatur s. I. Teil Anm. 6 von Seite 37.

3) Vgl. Mayer, 2. Aufl. S.496/497: "Die Anstalt arbeitet wie eine Maschine"; Forsthoff S.383 (die Verwaltung wird von ihm als ein "Arbeitsvorgang" qualifiziert).

4) Vgl. o. § 35 e.

soweit in Verpflichtungen gegenüber den Benutzern eingehen, daß dadurch den Benutzern eine gleiche Rechtsstellung zuerkannt werde, wie bei subjektiven Berechtigungen. ¹⁾

Diese Verwaltungspraxis, von der Wissenschaft angenommen und bekräftigt, führt im Ergebnis zur Anerkennung einer Außenwirkung von Maßnahmen (Verwaltungsverordnungen, Richtlinien), die an sich nur verwaltungsinterne Wirkung besitzen, bzw. nach herrschender Lehre keine Rechtsnormen sind. Unerklärlich wird nun, wie aus der Ausübung einer rechtlosen Verwaltungsgewalt Rechte und Pflichten gegenüber Dritten entstehen können; denn eine Verwaltungsverordnung bleibt eine Verwaltungsordnung auch dann, wenn man, um ihre Bindung zu erklären, das Gleichbehandlungsgebot - so die herrschende Lehre - impliziert. ²⁾ Der Verwaltung des GG wird wie der monarchischen Verwaltung ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht zugestanden und die rechtsfreie Verwaltungswillkür ³⁾ bleibt in einem Bereich der Verwaltungstätigkeit, die den Benutzer vielleicht existenzwichtig trifft, weiter aufrecht erhalten. Indem die Verwaltung auf diese Weise ein unabhängiges Rechtsetzungsrecht erlangt, werden alle verfassungsrechtlichen Kautelen und Zuständigkeitsregeln, die das Verhältnis Staat - Bürger betreffen, paralyisiert und als nicht geschrieben erachtet. Nach der Verfassung kann das Gebiet des Außenverhältnisses, vor allem wenn hier Rechte und Pflichten begründet werden, nur durch oder auf Grund eines parlamentarischen Aktes in der Form eines Gesetzes geregelt werden. Art. 80 I GG umschreibt den weitesten Rahmen einer Ermächtigung an die Verwaltung zur "eigenen" Rechtssetzung.

Auch die Berufung darauf, daß, wenn die Verwaltung, nachdem sie eindeutig Verwaltungsvorschriften regelmäßig befolgt hat, "davon in einem Einzelfalle abweicht" ⁴⁾ gegen das Gleichheitsgebot verstöße, kann kaum als eine genügende und der Verfassung gemäße Bindung angenommen werden; dazu bedarf es noch der Rechtsnorm, welche die Maßstäbe dafür bietet, wie, wann und ob überhaupt die Anstaltsverwaltung dem Benutzer gegenüber zu Gewährungen verpflichtet ist. ⁵⁾ Der Gleichheitssatz vermag also nicht die pflegende Anstaltstätigkeit - das hat

1) Vgl. VGH Bebenhausen Urt. v. 8. 11. 1956. Nach diesem Urteil wirkten die erlassenen Anstaltsordnungen im Bereich der Schule wie Rechtssätze und begründeten neben Pflichten auch Rechte; das gelte jedenfalls für Vorschriften, die nicht nur der Ordnung der Anstalt dienten, sondern auch zugunsten der Schüler wirkten. Insoweit binde sich die Schule gegenüber den Schülern selbst; sie schaffe im Rahmen ihrer Anstaltsordnung subjektiv-öffentliche Rechte.

2) Vgl. Rupp S. 118; Mertens, Selbstbindung ... S. 45 ff.

3) Vgl. Rupp S. 121; Brohm, DÖV 1964/248.

4) BVerwG Beschl. v. 24. 4. 1959, NJW 59/1843, Seifert, DÖV 1963/474.

5) s. Jesch S. 203, Rupp S. 118.

bereits die derzeitige Lehre erkannt - mit rechtlicher Normativität auszufüllen. Aber das Operieren mit dem Gleichheitssatz wird auch methodisch unergiebig, denn es besagt im Ergebnis nur dies, daß die Verwaltung im Wege faktischer Übung eine durch den Gleichheitssatz implizierte Rechtsbindung erzeugen kann ¹⁾, nicht aber auf dem direkten Wege unmittelbarer Rechtserzeugungskraft Art. 80 GG. Die Umgehung des Verbotes gesetzunabhängiger Normsetzung durch die Verwaltung wird damit klar.

In gleicher Richtung steht der Versuch der herrschenden Lehre, durch "rechtsähnliche Bindung" bloßer Ermessensrichtlinien der Verwaltung, ihr einen eigenen, von parlamentarischer Ermächtigung freien Bereich vorzubehalten. In diesem Bereich habe die Verwaltung das Recht - so diese Lehre - im Wege genereller Ermessensrichtlinien und Einzelfallermessens einen metarechtlichen Spielraum rechtlich zu gestalten. Hier werden wiederum Ermessensrichtlinien, also Bereiche, die vom Willen des Gesetzes ausgeklammert werden, als Rechtsnormen des Außenrechts qualifiziert. ²⁾ Zugleich wird Art. 80 I GG umgangen, was auch die erwähnte Lehre nicht leugnet; für sie gelte Art. 80 I GG deshalb nicht, weil die Ermessensrichtlinien mit den Rechtsverordnungen kaum gleichzustellen seien ³⁾, obwohl erstere wie letztere Außenwirkungen besitzen. Ferner lassen sich beide untereinander in der Funktion kaum unterscheiden. ⁴⁾

Trotz vielfacher Kritik ⁵⁾ findet die geschilderte Praxis der Verwaltung, das Leistungsverhältnis der Anstalt zu den Benutzern durch Verwaltungsverordnungen zu regeln, noch heute verbreitete Anwendung. Um eine Funktionssperre der Verwaltung zu vermeiden, sieht man sich daher gezwungen, diese Praxis als eine provisorische Übergangssituation in Kauf zu nehmen. ⁶⁾ Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß diese Praxis sich ihrem Ende nähern muß. ⁷⁾

§ 70

Rechtliche Wirkungen der sog. autonomen Satzungen

Nicht selten werden besondere Teile oder der ganze Bereich des Benutzungsverhältnisses bei den Anstalten der zweiten Gruppe (z.B. Universitäten, Versicher-

1) s. Rupp S. 120 m.w.Nachw.; Brohm, DÖV 1964/242 ff, 251.

2) Vgl. BVerwG Urt. v. 24.4.1959 in NJW 1959/1843.

3) Hierzu Jesch S. 233 m.w.Nachw.; Rupp S. 120.

4) s. Rupp S. 119.

5) Vgl. Rupp S. 118 ff; Mertens, Selbstbindung ... S. 39 ff, 63 ff; Brohm, DÖV 1964/243 f.

6) s. o. S. 82 f; Rupp S. 127.

7) Vgl. OVG Münster, DVBl 1963/860.

rungsanstalten) durch sog. autonome Satzungen geregelt. Im folgenden wird untersucht, ob die im Wege einer autonomen Satzung erfolgten Regelungen im Benutzungs-, insb. Leistungsverhältnis ¹⁾ - vor allem wenn diese Regelungen anspruchsbegründende Wirkungen beabsichtigen - dem Prinzip des Gesetzesvorbehaltes unterliegen müssen.

Daß die Satzungen, wie die Rechtsverordnungen, eine dem Gesetz abgeleitete und diesem im Rang nachstehende Rechtsquelle bildet, kann heute wohl als herrschende Meinung ²⁾ angesehen werden. Für den Bereich des Anstaltsbenutzungsverhältnisses ergibt sich das Erfordernis des Gesetzes innerhalb der sog. Satzungsautonomie auch aus der Stellung des Benutzers gegenüber der Anstalt als eines Außenstehenden; wie das Tätigwerden im Bereich der Verhältnisse zum Bürger der Verwaltung ohne Gesetz verwehrt ist, eben so wenig darf die Anstaltsverwaltung in ihrem Verhältnis (hier: Leistungsverhältnis) zum Benutzer ohne gesetzliche Grundlage tätig werden. Dieser Grundsatz folgt zwangsläufig aus der verfassungsrechtlichen Stellung der Exekutive, die darin besteht, daß sie im Außenbereich immer einer Legitimation bedarf, welche nur das formelle Gesetz erteilen kann. ³⁾ Eine originäre Satzungsgewalt der Anstaltsverwaltung wird also abgelehnt.

Bei der Bestimmung der Ermächtigungsschranken erhebt sich die Frage, ob die pflegende Anst/g zur Gestaltung des Leistungsverhältnisses, insbesondere zur Gewährung eines Anspruches eine globale oder spezifizierte Ermächtigung vorweisen muß. Zunächst ist so viel sicher, daß, wie erwähnt, Art. 80 I GG keine unmittelbare Anwendung auf die sog. autonomen Satzungen haben kann; denn Art. 80 I GG betrifft lediglich die Übertragung des Rechtsverordnungsrechts auf die Exekutive. Auch ständige Rechtsprechung der obersten Gerichte ⁴⁾, wenn schon mit anderer Begründung, lehnt es ab. Wollte man andererseits die Geltung des Gesetzesvorbehaltsprinzips zu keiner leeren Form machen (das entspricht allerdings dem immanenten Sinn der Verfassung, wie er sich mehrfach aus der ganzen Verfassungsstruktur ergibt) und dem Grundgedanken Art. 80 I GG gerecht werden (Rechtsstaatlichkeit im Zusammenhang mit dem Gesetzmäßigkeits- und Gewaltenteilungsprinzip), so hat man der diesbezüglichen Verwaltungstätigkeit effektive Grenzen zu setzen. Diese Grenzen können nur begrenzte Ermächtigung-

1) Speziell für Eingriffe im Rahmen der sog. Satzungsautonomie, s. o. S. 100/101.

2) Wolff § 25 IX a 2, § 98 II a 1; ForsthoFF S. 129 f; Spanner, DÖV 1959/38.

3) Rupp S. 115 ff; Jesch S. 204/205; vgl. Merkl S. 159, 161.

4) Eindeutig: BVerfGE 10/50 ff, 12/325, vgl. auch W. Hang NJW 1962/675; BVerwGE 6/249 ff, BayVGHE (NF) 4/249.

gen aufzulegen¹⁾, und zu diesem Zweck erweisen sich die wesentlichen Grundsätze des Rechtsverordnungsrechts (Art. 80 I S. 2 GG) als nützlich und angebracht, ohne daß die Unterscheidung der autonomen Satzungen von den Rechtsverordnungen illusorisch gemacht wird.²⁾ Globale Ermächtigungen sind also, vor allem soweit sie anspruchsbegründete Normen enthalten, nach wie vor unzulässig, da sie in der Tat nicht weniger als ein eigenes Normsetzungsrecht der Anstaltsverwaltung einschließen; damit verstoßen sie gegen das Gewaltenteilungsprinzip³⁾, die Rechtsstaatlichkeit und entledigen das Parlament von seiner Normierungs- und Lenkungsanfrage; zugleich wird das Parlament seiner verfassungsrechtlichen Aufgabe, die Macht der Exekutive zu beschränken, nicht gerecht. Schließlich bieten die globalen Ermächtigungen kaum Anhaltspunkte für eine richterliche Nachprüfung auf die Zulässigkeit der Verweigerung der Anstaltsverwaltung, einem geltend gemachten Rechtsanspruch nachzukommen. Der Gesamtstruktur der Verfassung sowie dem Grundgedanken des Art. 80 GG (vor allem dann, wenn man die in ihm genannte Rechtssetzung für die einzige und ausschließliche vom GG der Verwaltung zugewiesenen Rechtssetzungsfunktion im Außenbereich betrachtet) entspricht aber jene gesetzliche Ermächtigung, die den möglichen Inhalt der zu erlassenden Maßnahmen im Bereich der pflegenden Anstaltstätigkeit vorauszusehen gestattet.⁴⁾ Das ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber mindestens die für die Ordnung eines Gebietes entscheidenden Vorschriften selbst erläßt, so daß die Anstaltsverwaltung auf die Durchführung der ermächtigenden Norm in engem Rahmen beschränkt wird. Die Begrenzung der Ermächtigung ist auch gegeben, wenn sie sich durch die Auslegung aus dem Zusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften und aus dem Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, ergibt. Maßgebend ist dabei der in der fraglichen Bestimmung zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers. Die Voraussetzbarkeit einer durch sog. autonome Satzung vorzunehmenden zukünftigen Regelung wird also zum maßgeblichen Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung.⁵⁾

1) Anders BayVGHE (NF) 4/249. Nach diesem Entschluß bestimmt die Grenzen der Verwaltungstätigkeit bzw. der sog. Satzungsautonomie lediglich der Aufgabenkreis der Anstalt; vgl. auch die in der obigen Anm. angegebenen Entscheidungen.

2) Dazu bereits Spanner DÖV 1959/38; Forsthoff S. 131. A.M.: Hamann, Autonome Satzungen und Verf/recht S. 42 ff.

3) BVerwGE 8/251 vertritt die Ansicht, daß das Gewaltenteilungsprinzip durch globale Ermächtigungen nicht gefährdet wird, weil sie immerhin vom Gesetzgeber erteilt werden.

4) Vgl. BVerfGE 2/335, 1/272 f., 291, 10/51; in gleicher Richtung BVerwGE 4/38 ff. (V. Senat); vgl. auch Klein, Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat S. 68, Bd. XII der Schriftreihe des Inst. zur Förderung öffentl. Angelegenheiten.

5) Jesch S. 214; vgl. BVerfGE 1/59 f., 8/252 ff.; BVerwGE 4/40 ff.; Klein a. a. O.

VI. KAPITEL WEITERE FRAGEN DER PFLEGENDEN ANSTALTSTÄTIGKEIT

§ 71

Sozialstaatserklärung und Benutzungsverhältnis

Während der Gesetzgeber durch Gesetze, die sich auf die leistende Staats-
tätigkeit beziehen, dem Einzelnen Ansprüche auf Leistung öfters gewährt hat,
ist das GG in diesem Gebiet weit zurückgeblieben. ¹⁾ Dem GG mangelt es auch
an Rechtsvorschriften, die zu einer fest umrissenen Rechtssystematik der leisten-
den (pflegenden) Staatstätigkeit führen könnten; anders ist es bei der eingreifen-
den Staatstätigkeit. Diesen Mangel kann die Sozialstaatserklärung (Art. 20 I,
28 I GG) nicht ersetzen; denn sie ist noch zu konturlos, um konkrete einklagbare
Rechte und Pflichten zu erzeugen. An dieser Konturlosigkeit scheitert nicht zu-
letzt auch die Annahme echter subjektiver Sozialgrundrechte (Leibholz). Die
Sozialstaatserklärung bildet aber immerhin ein wesentliches Strukturelement der
derzeitigen Verfassungsordnung; sie ist für alle drei Gewalten verbindlich, und
die einzelnen Staatsorgane haben im Rahmen ihres Kompetenzkreises sie zu voll-
ziehen und zu konkretisieren.

Im Bereich der Relationen Benutzer - Anstalt bedarf die Sozialstaatserklä-
rung zur Konkretisierung des Formellen Gesetzes; denn diese Relationen gehören
nunmehr nicht zum Internum der Verwaltung. Die Anstaltsverwaltung vermag
also keine Ermächtigung aus der Sozialstaatserklärung allein herzuleiten, um das
Benutzungsverhältnis zu regeln, es sei denn, daß ein Gesetz ihr die Fähigkeit und
die Rahmen der Regelung gibt; sonst macht sie sich die Aufgabe des Parlaments
zu eigen und überschreitet damit ihren Tätigkeitsbereich.

Ist die Anstaltsverwaltung aber durch Gesetz zum Tätigwerden ermächtigt,
so kann sie im Sinne der Sozialstaatserklärung handelnd zweifach auf das Benut-
zungsverhältnis wirken.

Zunächst als Auslegungsregel ²⁾: Hier kann sie bei Zweifeln in der Bedeu-
tung von Normen, die das Benutzungsverhältnis regeln, sie ausdehnend oder ein-

1) Das GG steht hier auch hinter der WRV, welche durch eine Reihe von Sonder-
vorschriften (vgl. Art. 151 I, 155 I, 161 I, 162, 163 II, 165 III) Rechte auf
Geld- und Dienstleistungen der einzelnen gegenüber dem Staat (sog. soziale
Rechte) anerkannte; vgl. Stödter JZ 51/764. - Bestimmte Länderverfassungen
enthalten in größerem Umfang als das GG soziale Rechtsvorschriften; so z.B.
die Nordrhein.-Westfäl. Verfassung Art. 71.

2) Forsthoff VVDStL 12/28; Hamann S. 28; Müller, Der Betriebsberater 55/579.
Vgl. BVerfGE 4/102; BVerwGE 8/103.

schränkend interpretieren. In beiden Fällen werden die zu interpretierenden Normen dem Sinn des Gleichheitssatzes, soweit er den Inhalt des Sozialstaatsprinzips bestimmt, nahergebracht ("verfassungskonforme Auslegung"). Daß eine solche Interpretation nicht dazu führen darf, den betreffenden Normen einen neuen Sinn zu geben, welcher in der Wortfassung der Norm gar nicht zum Ausdruck kommt, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Begründung.

Zweitens wirkt die Sozialstaatserklärung in Richtung auf eine Ermessenseinschränkung. Durch das Sozialstaatsgebot wird nämlich die Ermessensausübung der Anstaltsorgane eingeschränkt, ähnlich wie dies nach herrschender Meinung beim Gleichheitssatz der Fall ist. Direkt gebunden an das Sozialstaatsprinzip ist also jedes Anstaltsorgan insofern, als es sein Ermessen im Sinne des Sozialstaatsgebots ausüben hat. Wie sonst, so entsteht freilich auch hier aus der Begrenzung des behördlichen Ermessens noch nicht ohne weiteres ein einklagbarer Rechtsanspruch des Betroffenen auf bestimmte Gewährungen; dazu ist eine gesetzliche Vorschrift notwendig.

§ 72

Die Frage nach der pflegenden Funktion der Grundrechte. Gewährung eines Existenzminimums

a) Ein Teil der Lehre hat bei dem Versuch, die Sozialstaatserklärung zu Gunsten des Bürgers wirksam zu machen, eine Verbindung zwischen Sozialstaatserklärung und Grundrechte herstellen wollen; vor allem kommt hier Art. 2 GG in Betracht.¹⁾ Auf diese Weise gelangt man zu einer doppelten Funktion der Grundrechte. Die Grundrechte schirmen den Bürger gegen Staatseingriffe ab (negative Funktion), zugleich aber bilden sie in Verbindung mit der Sozialstaatser-

1) So MD zu 2 II Nr. 26, 27 GG; Hamann S. 82. Beide versuchen, durch Verbindung der Sozialstaatserklärung mit Art. 2 GG ein subjektives Recht auf Fürsorge kraft Art. 2 GG zu begründen; ähnlich Bachof in JZ 57/388. Zur Verteidigung dieses Standpunktes wird BVerfGE 1/97 (106) herangezogen; dieses Urteil enthält aber keine ausdrückliche Gewährung eines öffentlichen subjektiven Rechts auf Fürsorge; BVerfG stellt hier lediglich fest: "Aus Art. 2 GG kann daher ein Recht auf Zuteilung bestimmter, das allgemeine Maß öffentlicher Fürsorge übersteigende Renten nicht hergeleitet werden". Die Frage, ob ein Recht auf Zuteilung usw. unter dem angesprochenen Maß besteht, läßt das Gericht offen. Ferner haben die Argumente zur Begründung durch Art. 2 GG eines Fürsorgerechts (Existenzminimums) kaum ein rechtliches Anliegen. Ihnen liegt vielmehr die Absicht nahe, angesichts wirtschaftlich-politischer Gegebenheiten ein Recht auf das Existenzminimum um jeden Preis anzuerkennen.

klärung die Grundlage zur Anerkennung von Rechten auf staatliche Leistungen, insb. auf die Anerkennung eines Existenzminimums, das darin besteht, daß der Einzelne durch staatliche Leistungen wenigstens notdürftig sein Leben fristen kann (aktive Funktion). ¹⁾ Damit werden die "Defensivrechte" zu "Offensivrechten" umgeprägt. Da die erwähnten Leistungen öfters von der Anstaltsverwaltung (Versorgungs-, Versicherungsorganisationen) vorgenommen werden, hat man auf die Untersuchung dieses Tatbestandes einzugehen.

Daß jede Methode zur Auslegung der Verfassung immer den gesetzgeberischen Willen zu berücksichtigen hat, ist schon oben gesagt. ²⁾ Der Interpret der Verfassung darf es bei der Auslegungsarbeit nicht zur Bildung neuer Verfassungsvorschriften kommen lassen. Zu diesem Ergebnis aber gelangt er, wenn sich durch Verquickung mehrerer systematisch getrennt stehender, bestimmungsgemäß und in der Art der Wortfassung anders gerichtet, in der Intensität des zustande gekommenen Willens des Verfassungsgebers grundsätzlich verschiedener Rechtsvorschriften ein neuer Sinngehalt ergibt, welcher die offensichtlichen Grenzen der "Auslegung" überschreitet. Der Verfassungsgeber gibt vielfach selbst die Schranken einer kombinierenden Auslegung, die zur Bildung neuer Verfassungsvorschriften jedenfalls nicht führen darf. So stößt man eher auf widersprechende als auf befürwortende ³⁾ Argumente, wenn man ein subjektives Recht auf Leistung aus der Verbindung der Sozialstaatserklärung mit Art. 2 GG herleiten wollte. In der Sozialstaatserklärung sieht die herrschende Meinung in Lehre und Rechtsprechung keinen Rechtssatz, der subjektive Berechtigungen statuiert, sondern ein bloßes Bekenntnis zu der Sozialstaatlichkeit. Durch dieses Bekenntnis legalisierte der Verfassungsgeber auf der Ebene der Verfassung - so ist es wenigstens anzunehmen -

1) Forsthoff S. 67 vermeidet einen Anspruch auf das Existenzminimum aus Art.

2 I GG und aus den Grundrechten überhaupt herzuleiten. Bei ihm bildet der Anspruch darauf "einen lapidaren Rechtsgrundsatz", der in der modernen Sozialordnung verwirklicht werden muß.

2) s. o., S. 137; vgl. BVerfGE 9/12; Hamann S. 54 (strenge Auslegung von Verfassungsvorschriften); a. M. Maunz S. 50.

3) Bachof, Referat S. 42 äußert sich bedenkl. für eine pflegende (aktive) Funktion der Grundrechte, im Ergebnis setzt er sich jedoch für sie (in Verb. mit der Sozialstaatserklärung) ein. Dürig in MD zu Art. 2 II Nr. 27 Anm. 1 gesteht die dogmatische Schwierigkeit zur Verschaffung des Existenzminimums und aus der Sozialstaatsentscheidung, um daraus unmittelbar Rechte abzuleiten. Für die Verneinung einer pflegenden Funktion im Artikel 2 GG v. MK S. 187; vgl. auch BVerwGE 2/203 (Versagung eines Anspruches auf Tbc-Hilfe). Ähnlich Wolff III S. 137 (Sozialst/klärung).

einen Zustand (Ausübung pflegender Tätigkeiten vom Staat), der schon einige Jahrzehnte vor dem GG vorhanden war.¹⁾ Außerdem überließ der Verfassungsgeber mit der Sozialstaatserklärung dem Gesetzgeber die Entscheidung, wieweit der Staat sozial(pflegend) tätig sein dürfte.

Diese Haltung des Verfassungsgebers ist angesichts der praktischen Schwierigkeiten, die mit der Verwirklichung des sozialen Staates (Erlaß objektiv-rechtlicher Vorschriften, Gewährung subjektiver Berechtigungen) verbunden sind, gerechtfertigt; denn zur Durchführung des Sozialstaatsprinzips muß der Staat Geldaufwände machen und ein entsprechendes Dienstpersonal ausbilden. Beides kann nur schrittweise verwirklicht werden. Ein auf einmal erfolgter Anwendungsversuch beider Voraussetzungen (etwa mit dem Inkrafttreten des GG) hätte sich als praktisch unmöglich erwiesen oder zu unübersehbaren Gefahren (wirtschaftliche und dgl.) geführt; dieser Umstände war sich der Verfassungsgeber bewußt. Der Gesetzgeber ist aber in der Lage, die Leistungsfähigkeit der Verwaltungsorganisation und die zu schützenden Lebensverhältnisse besser zu beurteilen.²⁾ Infolgedessen hat er die Verantwortung für die Durchführung des Sozialstaatsprinzips zu übernehmen. Die vermißte Ermächtigung zur Wahrnehmung pflegender Aufgaben - um so mehr, wenn es um die Gewährung subjektiver Berechtigungen geht - findet man also nicht in der Sozialstaatserklärung, sondern in dem Gesetz. In besonderen Bereichen der pflegenden Staatstätigkeit (Art. 6 IV GG) hat sich jedoch selbst der Verfassungsgeber für einen intensiven Schutz ausgedrückt.

Ferner ergibt sich der Sinn der Grundrechtsvorschriften deutlich aus ihrer Wortfassung, ihrer Zwecksetzung und aus ihrer Geschichte. Sämtlichen Grundrechtsvorschriften kommt im Rahmen des gewaltenteilenden Rechtsstaates eine abwehrende (negative) Funktion zu. Eine Funktionsänderung im Sinne einer sozialen staatlichen Leistung sollte sich entweder aus dem Wortlaut (wie bei Art. 6 IV GG) oder höchstens aus einer formell-gesetzlichen Interpretation bestimmter weit gefaßter Grundrechtsvorschriften (dazu gehört hauptsächlich Art. 1 I GG) ergeben. Sonst handelt es sich nicht mehr um Interpretation, sondern in Wirklichkeit um eine unterlaufende "Verfassungsgebung".

Andererseits trifft die Feststellung zu, daß das GG die alte liberale Auffassung über die Grundrechte überwunden hat. Anhaltspunkt dazu ist an sich nicht

1) Vgl. Maunz S. 62; MD zu Art. 83 Nr. 16 GG, welcher aber den Sinn der Sozialstaatsentscheidung nicht nur in der angesprochenen Funktion sieht; vgl. zu Art. 28 Nr. 4 d m. w. Nachw.

2) Der Verweis der sozial wichtigen Lebensverhältnisse auf den Gesetzgeber zur Normierung stimmt mit der Vorstellung vom sozialen Staat überein, nach der der soziale Staat aus der jeweiligen Situation heraus handelt; s. Forsthoff S. 59.

die Sozialstaatserklärung, sondern die Grundsatznorm der Menschenwürde ¹⁾ (Art. 1 GG), sofern sie positiv (als ein subjektives Recht, das den Einzelnen durch positive staatliche Handlungen schützen kann ²⁾) verstanden wird. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre ³⁾ haben aus Art. 1 GG einen Anspruch auf öffentliche Unterstützung abgeleitet, falls die Menschenwürde durch materielle Not bedroht wird. Da Art. 1 I, II GG kraft seiner Eigenschaft als Grundnorm das ganze System der Grundrechte beherrscht, vermag er den rein liberalen Charakter der Grundrechtsvorschriften etwas abzuschwächen, ohne daß allein dadurch aus den Grundrechtsvorschriften Ansprüche auf bestimmte Leistungen entstehen.

b) Die allgemeine Formulierung des Art. 1 I GG erlaubt kaum eine genaue Bestimmung über die Art und das Maß der staatlichen Leistungen, die der Menschenwürde entsprechen. ⁴⁾ Diese Aufgabe, nämlich die inhaltliche Konkretisierung der Menschenwürde, kommt dem Gesetzgeber zu. Der Gesetzgeber allein wird also zu direkter Durchführung der Verfassung zuständig. Er konkretisiert den materiellen Gehalt des Art. 1 I GG (Menschenwürde) und dadurch mittelbar den des Art. 20 I GG (Sozialstaatserklärung). Die Ansprüche, welche aus dieser gesetzgeberischen Tätigkeit entstehen, sind, materiell gesehen, nicht weniger als eine strikte Fortbildung der Anweisung an den Gesetzgeber, die in dem zuerst erwähnten Verfassungsartikel enthalten ist. Man kann somit zu dem Ergebnis kommen, daß Art. 1 I GG dadurch eine besondere Funktionsdeutung erlangt;

- 1) s. von MK S.165; Peters, Festschrift für Laun S.671. Die Abkehr des GG von dem klassischen Liberalismus ergibt sich aus der Verpflichtung des Staates (Art. 1 I 2) zum Schutz der Menschenwürde; s. MD zu Art. 1 Nr. 48.
- 2) Genauer gesagt geht es hier um einen Anspruch auf das positive Tun des Abwehrens, der gegen den Staat gerichtet ist; vgl. Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht S.24 (in Bezug auf Eingriffe in die Wirtschaft); Windrich, Grundrechte S.13; MD zu Art. 1 Nr. 2 c GG.
- 3) v. MK S.151; Windrich op.cit. S.19; MD zu 1 Nr. 44 GG; vgl. BVerwGE 1/159.
- 4) Ausgenommen sind nur wenige extreme Fälle, bei denen die Rechtsprechung (s. BVerwG in DÖV 55/698: Ausbildungshilfe für Blinde, dazu noch die Gewährung der erforderlichen Mittel zur Anschaffung eines Hundes) eine Hilfe gewährt. Da im übrigen die Menschenwürde (wie die Sozialstaatserklärung) einen sehr unbestimmten Rechtsbegriff bildet, verweist sie zu ihrer Konkretisierung (Ergänzung) auf den Gesetzgeber; vgl. Hamann S.207, MD zu Art. 20 Nr. 96 GG. Die Gerichte haben Ansprüche auf öffentliche Fürsorge dann bejaht (so BVerwGE 1/162, BGHZ 25/231), wenn mindestens eine gesetzliche Kann-Vorschrift vorlag durch Ermessenseinschränkung der zuständigen Stelle.

diese auszuwerten bedeutet - soweit das konkretisierende Gesetz es erlaubt -, einen Anspruch auf staatliche Leistungen anzuerkennen, die die Führung eines menschenwürdigen Daseins zu sichern geeignet sind. Die Art und das Ausmaß der Leistungen werden im betreffenden formellen Gesetz bestimmt. Zu einer solchen Funktionsdeutung des Art. 1 I GG führt an sich, und zwar auf Grund ausdrücklicher Bestimmung ¹⁾ das Bundessozialhilfegesetz (vgl. insb. §§ 3, 4, 8, 12) und daneben das Bundesvertriebenengesetz (vgl. z.B. §§ 43 ff, 69 ff, 72 ff). Sieht man in den beispielsweise angeführten Gesetzesvorschriften die inhaltliche Konkretisierung der Menschenwürde, so kann durch die daraus entstehende Auswertung Art/s 1 I GG die Frage nach der Gewährung eines Existenzminimums auf Verfassungsrang gelöst werden.

1) Die besondere Verbindung des BSHG mit der Menschenwürde wird durch ausdrückliche Bestimmung des § 1 II dieses Gesetzes hergestellt; hier steht nämlich: Aufgabe der Sozialhilfe ist es, dem Empfänger ein Leben zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht.

LEBENS LAUF

Als Sohn des Nikolaos Nafpliotis und seiner Ehefrau Despina, geb. Kantarzi, wurde ich in Athen am 10. November 1932 geboren. Dort besuchte ich die Volksschule und das humanistische Gymnasium. Nach Ablegung der Aufnahmeprüfung für die Juristische Fakultät begann ich mit dem Studium an der Universität Athen. Das Studium schloß ich mit der ersten juristischen Staatsprüfung im Jahre 1956 ab. Anschließend mußte ich zwei Jahre lang meinen Militärdienst ableisten. Das zweite Staatsexamen bestand ich nach der darauf folgenden zweijährigen Referendarzeit; damit wurde ich zum Rechtsanwalt beim Landesgericht zu Athen ernannt. Während der Referendarzeit war ich freiwillig ein Jahr beim Staatsrat (Conseil d'Etat); dadurch konnte ich genauere Einblicke in das öffentliche Recht gewinnen.

Später erhielt ich nach einer Fachprüfung im öffentlichen Recht ein staatliches Stipendium für 34 Monate nach Deutschland (Tübingen, Marburg) und anschließend ein DAAD-Stipendium; ich vervollständigte zunächst meine deutschen Sprachkenntnisse, die noch unzureichend waren, und schrieb dann eine Dissertation. Die Dissertation "Die Anstaltsgewalt und ihre Grenzen" legte ich der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg vor; abschließend legte ich auch die mündliche Prüfung ab.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. H.H. Rupp, möchte ich für sein anregendes Interesse an dem Fortgang der Arbeit besonders danken.

